



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

**Processo nº** 16561.720177/2012-52  
**Recurso nº** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** 9101-003.561 – 1ª Turma  
**Sessão de** 05 de abril de 2018  
**Matéria** ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** NUMERAL 80 PARTICIPAÇÕES S.A

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

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

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a "empresas veículos" (ou avalizarem a obtenção de empréstimos bancários por estas) com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores (ou propiciaram sua obtenção ao avalizar a obtenção de empréstimos bancários) que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO À TURMA *A QUO*.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais relativas às glosas das despesas de amortização de ágio, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Acordam, também, por unanimidade de votos, em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação das matérias relacionadas a (i) decadência, (ii) inexistência de norma que determine a adição das parcelas de ágio amortizadas da base da CSLL, (iii) multa isolada pelo não recolhimento de estimativas - encerramento do ano calendário e concomitância, (iv) compensação de prejuízos fiscais e bases negativas; (v) incorreta recomposição dos saldos de prejuízo e base negativa pela fiscalização; (vi) juros sobre multa e (vii) solidariedade. Acordam, ainda, por maioria de votos, que a matéria multa qualificada não deve ser apreciada pelo colegiado de origem, vencidos os conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto e Flávio Franco Corrêa, que entenderam que essa matéria deveria ser apreciada pela turma *a quo*. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do §7º do art. 63 do Anexo II da Portaria MF 343/2015 (RICARF).

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Redatora *Ad Hoc*

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Redator designado

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

## Relatório

**Inicialmente esclareço que fui nomeada redatora *ad hoc* para formalização de acórdão relatado pela Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio. O relatório a seguir reproduzido foi apresentado pela Relatora em sessão de julgamento:**

Tratam-se de **autos de infração** (E-fls. 2242 ss.) lavrados para a exigência de IRPJ e CSLL, relativamente aos anos calendário 2006 a 2011, sob a acusação fiscal de (i) não adição às suas bases de despesas de amortização de ágio gerado em operações consideradas simuladas e sem propósito comercial, em face do uso de "empresas veículos", com a imputação de multa qualificada de 150%, (ii) compensação de prejuízo e base negativa da CSLL superior aos respectivos saldos, e (iii) ausência de recolhimento de estimativas, levando à cobrança de multa isolada, como delimitado pela decisão de primeira instância a partir do **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 2309 ss.), ao qual se remete para uma leitura completa:

*"Trata-se, aqui, de exigências tributárias que têm como fundo comum a glosa de despesa de amortização de ágio. Tal glosa levou à formulação das imposições seguintes: (a) diretamente, de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativas aos anos calendário de 2007 a 2011, gravadas com multa de ofício vinculada ao patamar de 150%; (b) indiretamente, de exigências ainda de IRPJ e de CSLL, agora gravadas com multa de ofício vinculada ao estrato de 75%, mas isso à conta de excesso de uso de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL (implementada a mencionada glosa, há que se opera retroativa ao ano-calendário de 2006, tais bases foram recalculadas e disso haveria se constatado insuficiência de recolhimento das rubricas mencionadas), tudo com pertinência aos anos-calendário de 2008 (IRPJ), 2009 (IRPJ/CSLL) e 2010 (IRPJ/CSLL); (c) também indiretamente, de multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativas, agora sobre os meses de 11/2007 a 11/2008, 01/2009 a 05/2009, 07/2009 a 05/2011 (o cálculo de ditas estimativas, a partir de balanços ou balancetes de suspensão ou redução, teria sido influenciado pela amortização da despesa de ágio em referência). O importe autuado foi de R\$ 334.495.287,75, então computados juros de mora até dezembro/2012. Acompanham os autos "TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA" em nome de Santos Brasil Participações S.A. (por tudo dito, vide fls. 02, 2.242/2.307, 2.437/2.438). Nota-se, ainda, a confecção de Representação Fiscal para Fins Penais processadas nos autos sob nº 16561.720178/201205."*

Insurgindo-se, a contribuinte apresentou **impugnação** (E-fls. 2472 ss.) deduzindo em sua defesa as razões resumidas pelo relatório da decisão da DRJ, que também se refere à impugnação do responsável solidário:

*"3.1. Da necessidade de se deter sobre a totalidade da operação comercial que, enfim, deu causa ao ágio cuja amortização*

*presentemente se discute. Na origem, dissidências entre sócios (CVC, Previ, Sistel e FIA), teriam estimulado a alienação de suas respectivas participações societárias junto à Impugnante, assim e então adquiridas por Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia. Ao depois, a Impugnante, divisada a conveniência e oportunidade (simplificação da estrutura societária) d'uma oferta pública primária de ações próprias, dá por bem, antes de concretizar dita operação (da oferta de ações), de incorporar justamente Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia. Pondera o Contribuinte:*

**3.2. Com mais detalhes sobre a operação em si:**

*i) Em 17/02/2006, CVC, Previ, Sistel e FIA outorgam, a benefício de Multi STS e de Opp Fund, o direito de opção de compra das participações societárias (direta e indireta) que as primeiras detinham na Impugnante (equivalente a 64,76% do respectivo capital social).*

*ii) Em 18/05/2006, Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia, aderem ao ajuste antes referido e, graciosamente, assumem a posição de Multi STS e Opp Fund, com o que, nessa mesma data, vêm de exercer (Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia) o citado direito de opção de compra.*

*iii) Em 30/05/2006, então, a referida compra ganha foros contratuais, com o que Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia passam a titularizar posições societárias (diretas e indiretas) na Impugnante, isso a um custo total de R\$ 451.182.156,41, “o qual foi integralmente pago – a maior parte em dinheiro (próprio e de terceiros, obtido mediante financiamentos contraídos por Bilimbi, Vitex e Howland) e um montante menor em debêntures, sendo que a parcela de R\$ 321.264.285,02 correspondia a ágio” (destaques do original). Acresce que laudo – de todo não questionado pela Fiscalização –, assim elaborado em 29/05/2006, daria sustentabilidade ao monte registrado como ágio. Mais até, pois o que se concretizou na sequência (de 2006 a setembro/2011) e a título de rentabilidade futura do investimento chegara mesmo a superar a previsão inicialmente figurada no dito laudo.*

*iv) Também em 30/05/2006, a Impugnante incorporou Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia, com o que “o ágio até então registrado nas empresas que haviam adquirido participações societárias na Impugnante foi a esta transferido, [...] (o mesmo se deu com os financiamentos assumidos por Bilimbi, Vitex e Howland, para fins de aquisição da participação na Impugnante)”. A partir de então, inicia-se a amortização do ágio, já em nome e pelo próprio Contribuinte presentemente autuado. Na mesma data, a Impugnante também incorporou Opp Leste e 525 Participações (dois de seus acionistas originais, como já explicitado mais atrás nesse Relatório).*

**3.3. Considerada a ciência da corrente autuação, isto é, 14/12/2012, e visto, como visto foi, que a operação em que por primeira vez se registra a formação do ágio ora discutido teve lugar em 30/05/2006, isso por ocasião da compra de participação societária junto à Impugnante e por parte de Vitex,**

*Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia, vedado estaria ao Fisco, por preclusão temporal, opor quaisquer questionamentos sobre o ocorrido, inclusive o que daí eventualmente decorresse a título de efeito tributário.*

*3.4. A operação primeira, isto é, de aquisição de participação societária por parte de **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** junto à Impugnante, passara-se entre partes independentes. Assim teria reconhecido a própria Fiscalização (parágrafo 172 do Termo de Verificação Fiscal). Essa também seria a opinião do Prof. Paulo de Barros Carvalho, consignado em parecer adrede contratado. Demais disso, não foi alvo de questionamento de parte da Fiscalização o pagamento correlato à operação antes mencionada. Acontecido, pois.*

*3.5. O quadro geral da hipótese de incidência dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, teria tido lugar no caso: ágio à base de rentabilidade futura que assim nascera por ocasião da aquisição de participação societária de **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** junto à Impugnante, e isso seguido de incorporação das primeiras pela última (incorporação reversa, na espécie). Isso sem dizer que tais normativos serviram e servem de vetores indutores de negócios que tais, na exata medida do benefício/incentivo fiscal consistente na dedutibilidade de eventual ágio aí pago.*

*3.6. Particularmente sobre o normativo posto no art. 8º, alínea “b”, da Lei nº 9.537, de 1997, registra que a Fiscalização não teria competência para increpar a negociação ocorrida de “hipótese **não natural, que causa estranheza**, cuja ocorrência demandaria **razão específica relevante**” (destaques do original), mesmo porque tal suporte legal não refere a discrimen algum nesse exato sentido. Com o quê, para além do devido legal teria ido a interpretação da Fiscalização. Outro não seria o opinativo veiculado no parecer antes referido. Além disso, mesmo que a Impugnante se sentisse impelida a se defender sobre esse exato ponto e a justificar a não estranheza da operação em pauta, a isso não se somaria dificuldade alguma, certo que:*

*[...] o mais lógico, natural e adequado à realidade fática do caso seria, justamente, a **incorporação das empresas adquirentes pela Impugnante**, haja vista que esta última é a **empresa operacional, que já possuía um histórico de relacionamento com clientes, cadastros em instituições públicas e privadas, autorizações concedidas por órgãos públicos, entre outros**. (destaques do original)*

*3.7. Mais ainda, e parelho ao disposto no corpo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 197, justificar-se-ia contabilmente o ágio assim gerado (com base na perspectiva de rentabilidade futura) vincular-se ao respectivo investimento. No caso, investimento que, ao fim, veio de ter na Impugnante e, daí e com ele, o próprio ágio.*

*3.8. Sobre a increpação da Fiscalização de ter havido a mera extinção das nomeadas “empresas veículos” **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia**, mas sem que daí resultasse a efetiva absorção do investimento pela Impugnante (o que a*

*Fiscalização elege como condição à incidência dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e lhe batiza por “confusão patrimonial” ou “unificação patrimonial”), isso porque tais pessoas jurídicas, além de não terem propósito negocial (é o que afirmaria a Fiscalização), não vieram de suportar o efetivo pagamento do ágio sobre o qual se debate (reconhecido no momento em que **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** teriam adquirido participação societária na Impugnante), pondera-se:*

*i) Seria equivocado ter como “reais adquirentes” da participação societária aqui discutida, como afirma a Fiscalização, as já citadas **Opp Fund, Multi STS**, e, mais ainda, as pessoas jurídicas **RK Participações e PW237**. Não, tal não se poderia dizer. Em verdade, **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** teriam sido os únicos e “reais adquirentes” da participação em foco, a menos de desconsideração da personalidade jurídica dessas pessoas jurídicas, expediente “não admitido, em face da ausência de regulamentação do artigo 116 do Código Tributário Nacional”.*

*ii) **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** teriam, sim, propósito negocial, não lhes cabendo o puro epíteto de “empresas veículos”, no suposto de ganharem vida para o só propósito de “transferência do ágio para a Impugnante”. Como já adiantado, o motor de toda a operação está na dissidência havida entre 4 (quatro) sócios na Impugnante (**CVC, Previ, Sistel e FIA**). Eis a razão de fundo do ingresso de **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia** na qualidade de sócios na Impugnante, com a retirada dos antigos sócios dissidentes.*

*iii) E, em reprodução a questionamento posto pela Fiscalização, do porque de a aquisição em referência não ter sido levada a cabo diretamente por **Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW237**, que, enfim, remanesceram como sócios na Impugnante, responde o Contribuinte: (1) parte do numerário necessário à concretização da operação teve origem em “financiamento junto ao Credit Suisse”, o qual colocara como exigência “isolar o crédito concedido, acompanhado das respectivas garantias, em uma sociedade ‘limpa’, ‘sem passado’ ”; (2) e ainda “havia o interesse de se restringir o endividamento e seus efeitos ao patrimônio de uma sociedade distinta, que não se confundisse com as outras sociedades dos respectivos Grupos (**Opp Fund, RK Participações e PW237**), evitando-se que o referido financiamento contaminasse as outras atividades de tais Grupos”; e (3) assim se explicaria o papel desempenhado por **Vitex, Bilimbi e Howland**, que, enfim, encabeçaram dito financiamento. E, não por isso, houvesse sido a aquisição da participação societária aqui discutida concretizada diretamente por **Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW237** (no lugar de **Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia**), uma vez que a Impugnante viesse de incorporá-las, o proveito tributário seria exatamente o mesmo. No ponto, ainda acresce o Contribuinte:*

*Poder-se-ia dizer que esta seria a hipótese mais direta para a aquisição da participação pelas empresas **RK Participações, Opp Fund, PW 237 e Multi STS** que controlavam as empresas*

que efetivamente adquiriram participação societária na Impugnante, Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia.

No entanto, trata-se de uma estrutura que não se tornou possível sob o ponto de vista societário e gerencial, uma vez que a utilização de empresas “sem passado” era uma exigência do financiador da aquisição para a concessão dos empréstimos, e também porque, na hipótese de aquisição direta, haveria uma confusão entre as operações da Impugnante e das demais sociedades já existentes, a qual, em termos empresariais, não era desejada.

*iv) Já em fins de 2006, quando se decidiu por uma oferta pública de ações da Impugnante, e entendido como necessário, nesse momento, uma simplificação da estrutura societária, vinda a incorporação de Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia, tal não parara aí, sendo ainda incorporadas na oportunidade as sócias 525 Participações e Opp Leste, as quais “não possuíam qualquer registro de ágio”. Se assim, pergunta a Impugnante, como admitir que Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia tivessem sido concebidas apenas para efeito de “aproveitamento fiscal do ágio”?*

*v) Demais disso e como já dito, não haveria parâmetro legal a franquear à Fiscalização o ingresso nas razões negociais privadas, a permitir a valoração das “escolhas empresariais que envolveram a organização dos negócios da Impugnante” (destacou-se).*

*vi) Enfim, motivo (que não só tributário) existira e atos consequentes seriam, todos, congruentes ao fim colimado. Além disso, o futuro que se seguiu (anos subsequentes à incorporação de Vitex, Hermosa, Bilimbi, Howland e Strelícia) tornou realidade a então projetada lucratividade, razão do ágio.*

### **3.9. Sobre a multa qualificada, pondera:**

*i) De primeiro, que a Fiscalização não teria fixado o tipo da alegada conduta dolosa, a dizer, se o caso comportaria sonegação, fraude ou conluio.*

*ii) Nada teria sido ocultado à vista de quem interessado (ente público ou ente privado) e/ou de quem no raio de alcance do negócio vergastado (agentes diretamente intervenientes no negócio, bem que mais outros tutelados pela legislação societária), “já que todas as operações por ela [Impugnante] realizadas foram contabilizadas e declaradas e jamais foram omitidas de nenhuma Autoridade” (destaques do original).*

*iii) A Fiscalização não teria produzido prova d’uma possível má-fé do Contribuinte, elemento sustentador d’um qualquer ato que se queira viciado pela sonegação, fraude ou conluio.*

*iv) Ainda que não obrigado a provar sua boa-fé – pressuposto a ser adotado por todo Estado de Direito em face de seus Administrados, segundo doutrina que se colaciona –, mas bem que viria a demonstrá-la, estaria a cautela tomada pelo Impugnante consistente na contratação de assessoria externo e especialista na matéria para efeito de avaliação do negócio antes de sua concretização. Nesse papel estariam o “Prof. L.*

*Nelson Carvalho, do Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo”, a “BKR – Lopes, Machado Auditores, a Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda, e a KPMG Auditores Independentes” (nesse ponto, extrai cita de parecer assinado pelo Prof. Paulo de Barros Carvalho).*

*v) Negativa de simulação à razão já posta, certo que nada fora ocultado seja de parte dos entes públicos necessariamente intervenientes no processo negocial (referese aos Registros Públicos), seja em face da própria Fiscalização, assim que instigado o Contribuinte, seja ainda porque a vontade de início e seus atos reificadores foram, sempre, num só sentido coordenado, isto é, com foco na retirada dos sócios dissidentes, com vistas ao ingresso de novos sócios, e com objetivo de posterior reorganização simplificadora da estrutura societária.*

*vi) Negativa de abuso de direito, certo que, quando menos, tratar-se-ia de figura reservada ao âmbito da relação civil entre particulares, sempre colocados numa posição de horizontalidade no que toca a seus correlatos direitos subjetivos, situação esta inócurre entre Estado e Contribuinte, que se articulária verticalmente.*

**3.10.** *Dado por desqualificado o suposto de incidência do art. 173, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional – CTN, a dizer, afastadas que ficariam as hipóteses de dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º, do CTN), forçoso reconhecer a decadência de o Fisco formalizar lançamento tributário das espécies IRPJ e CSLL pertinentes ao ano-calendário de 2006, bem que da espécie multa isolada (à conta de suposta falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL), pelo menos referente ao mês de novembro de 2007, tudo por que a ciência sobre ditas autuações derase a 14/12/2012. Ainda com respeito a essa última rubrica, para além do mês de novembro de 2007, assim que formuladas exigências de multa isolada para os meses de dezembro/2007 até maio/2011, tal também seria impossível, divisado que seja o encerramento dos respectivos anosbase de incidência já quando da ciência da autuação. Por outra, “a multa isolada [...] **somente pode ser exigida caso o Fisco verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base**” (destaques do original). Mais além e de todo modo, impertinente seria a cumulação entre multa de ofício isolada e multa de ofício vinculada. Também e finalmente, não teria lugar a hipótese de “recolhimento insuficiente de estimativa no mês de dezembro, em que se encerra a apuração do exercício, sendo, como consequência, ilógico cogitar-se da aplicação da multa isolada no último mês do ano fiscal”.*

**3.11.** *Não haveria base legal, a se insistir na glosa de despesa de amortização do ágio então registrado, para se adicionar uma tal rubrica, assim sindicada, à base de cálculo da CSLL. Pondera o Contribuinte que “o tratamento fiscal conferido ao ágio não é o mesmo para os dois tributos”. A legislação correlata à CSLL não trouxera previsão que fosse de adição à sua base de cálculo*

de eventual valor de amortização de ágio pago na aquisição de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial.

**3.12.** Consequência de tudo o que até aqui arrazoadado, improcedente também a reduções de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, assim operadas no corpo da corrente autuação. Isso sem dizer, ainda, do equívoco sobre o ponto de partida dos cálculos relativos a ditas reduções. Diz-se que a Fiscalização teria partido de “**saldos iniciais incorretos para o anobase de 2006**, que não condizem com os valores apurados ao final do anobase de 2005” (destaques do original). Assim que: (i) o saldo inicial de prejuízo fiscal para o período de 01/01/2006 a 31/12/2006 seria de R\$ 16.609.078,99 e não de R\$ 8.779.511,17; bem que (ii) o saldo inicial de base de cálculo negativa da CSLL para idêntico período seria de R\$ 32.737.729,49 e não de R\$ 29.776.396,58. Além disso, “o cálculo efetuado, no que tange à base de cálculo negativa da CSLL compensada no anobase de 2008, possui uma incorreção que perfaz o montante de R\$ 584.200,80”. Tudo, enfim, com vistas ao Lalur – Parte B que colaciona.

**3.13.** Por fim, acredita o Contribuinte ser inaplicável a incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

**4.** Já o assim qualificado Responsável por sujeição passiva solidária, quer seja, Santos Brasil Participações S.A., também tomou ciência da autuação em pauta, bem que do próprio termo de responsabilidade, em 14/12/2012 (fl. 2.443), e trouxe sua insurgência em 14/01/2013 (fls. 3.322/3.342). Alega:

**4.1.** Reafirma os argumentos delineados no corpo da impugnação posta pelo Contribuinte (Numeral 80 Participações S.A., antes Santos – Brasil S.A.) contra a corrente autuação e os tem por assimilados à sua própria insurgência.

**4.2.** Particularmente sobre a imputação de responsabilidade solidária:

**i)** Ainda que se reconheça que, em 24/10/2007, o Contribuinte presentemente autuado houvesse tido “a totalidade de suas ações incorporadas” pelo capitulado Responsável (Santos Brasil Participações S.A.), e que, em 15/09/2011, o primeiro haja-se cindido parcialmente, vindo parcela do seu patrimônio a ser incorporada pelo segundo, mesmo sob uma tal circunstância não se daria na espécie o pressuposto do art. 124, inciso I, do CTN (interesse comum), isso para efeito de justificar a imputação de responsabilidade tributária. Mais especificamente, o campo semântico do termo interesse comum não encontraria uma sua realização em “eventuais vínculos societários”. Por outra ainda, haver-se-ia de ler em interesse comum a presença d’algum interesse jurídico e entre aqueles, e somente aqueles, postos no mesmo polo d’uma relação jurídica de base suporte d’algum “fato gerador da obrigação tributária”, e não o mero e simples interesse fático e pontual (caso do vínculo societário). Registra-se:

No caso concreto, para que restasse caracterizado o interesse comum, necessário seria que a criação e amortização do ágio fossem aproveitadas também pela Impugnante, e não apenas

pela Numeral 80. **Como isso não ocorreu, não há que se falar em interesse comum!**

*[...] fato é a Impugnante não possuía qualquer interesse em tal amortização/dedução, pelo simples fato de não fazer parte da relação jurídico-tributária relativa ao IRPJ e à CSLL de que a SANTOS BRASIL (atual NUMERAL 80) é contribuinte. (destaques do original).*

*ii) Em si mesmo considerada, a cisão não daria vazão à imputação de responsabilidade tributária, essa vinda em face da transferência de parcela de patrimônio cindido (já na origem gravado de dívida fiscal). Assim seria porque o art. 132 do CTN, com especial destaque para o seu parágrafo único, não refere ao instituto da cisão, sendo um seu pressuposto de incidência a intercorrência de “fusão, transformação e incorporação de pessoa jurídica, **que culminem em sua extinção**” (destaques do original), e extinção do Contribuinte (Numeral 80 Participações S.A., antes Santos – Brasil S.A.) não houve.*

*iii) Quando menos, a responsabilidade tributária não poderia desbordar para rubricas lançadas a título de multa de ofício. A dizê-lo estaria o caput do art. 132 do CTN, ao prestigiar que a “pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos **tributos** devidos até a data do ato [...]” (destacou-se). Certo que a espécie multa tributária não se encaixaria no gênero tributo, inconsequente a exigência de multa de ofício em face da imputada Responsável, ainda mais a se ter em conta haverse dado o ato de “**cisão parcial do patrimônio da Santos Brasil (atual NUMERAL 80), seguido da incorporação da parcela cindida pela Impugnante**” (destaques do original) em data anterior (15/09/2011) à de ciência da corrente autuação e/ou notificação de termo de responsabilidade tributária (14/12/2012) – a multa fiscal, até então, não integraria o passivo da sucedida. Isso tudo ainda sem considerar que, de per si, a multa de ofício teria caráter personalíssimo e, por isso, não transmissível.”*

Anota-se, oportunamente, que a contribuinte anexou aos autos pareceres da KPMG (E-fls. 3123 ss.) e dos Professores Paulo de Barros Carvalho (E-fls. 2794 ss.) e Nelson Carvalho (E-fls. 3300 ss.).

Na sequência, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I proferiu o **acórdão n. 16-48.143** (E-fls. 3404 ss.) mantendo parcialmente o lançamento tributário, pelas razões resumidas na seguinte ementa:

**"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011*

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR.**

*O processo de reorganização societária, mormente o promovido por cisões e incorporações dentro do mesmo grupo econômico, não elide a responsabilidade tributária da sucessora em relação ao crédito tributário (principal e multa) decorrente de infração tributária cometida por empresa sucedida.*

*NEGÓCIO JURÍDICO. FORMALIDADE. ABUSO DE DIREITO. INOPONIBILIDADE. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.*

*Negócio jurídico realizado sob a ótica de legislação específica, de modo literal, com a inobservância, contudo, do ordenamento jurídico, é abusivo e inoponível ao Fisco, sujeitando o infrator a multa de ofício de 75% dos tributos devidos, quando não caracterizada, nos autos, conduta qualificada por fraude a autorizar a duplicação da pena-base.*

*LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PAGAMENTO. TERMO INICIAL. CONTAGEM.*

*A contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese de inexistência de pagamento antecipado, ainda que ausentes dolo, fraude ou simulação, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

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

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

*Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011*

*AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EMPRESAS VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. ECONOMIA TRIBUTÁRIA. OPOSIÇÃO AO FISCO. IMPOSSIBILIDADE. DESPESA DE AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO. GLOSA.*

*É desprovida de propósito comercial aquisição de participação societária por pessoa jurídica constituída com finalidade precípua de economizar tributos, operando como veículo para que o ágio pago por investimento seja nele próprio alocado, cabendo glosar a dedução fiscal de sua amortização.*

*FATOS PASSADOS. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESCRITURAÇÃO. DOCUMENTOS. GUARDA. PRAZO.*

*O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.*

*MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. FATOS IMPONÍVEIS DISTINTOS.*

*É cabível aplicação de multa isolada decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais de imposto concomitantemente com multa proporcional incidente sobre*

*aquele devido e não pago ao final do período de apuração anual, haja vista cuidarem de reprimendas a comportamentos distintos.*

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011*

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

*A decisão proferida em relação aos fatos que levaram à manutenção do IRPJ impõe-se também à CSLL, naquilo que for cabível, uma vez que ambos os lançamentos estão assentados nos mesmos elementos de prova.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

**Acórdão**

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os julgadores da 1ª Turma da DRJ em São Paulo/ SP, por maioria de votos, dar por **PROCEDENTE EM PARTE A IMPUGNAÇÃO**, mantendo-se parcialmente, pois, o **CRÉDITO TRIBUTÁRIO**, nos termos do voto vencedor. Vencido o relator que mantinha a qualificação da multa de ofício. Designado o julgador Eduardo Shimabukuro para redigir o voto vencedor."*

Em face da referida decisão, a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 3457 ss.), deduzindo as razões resumidas pelo acórdão recorrido:

*"(i) Que restou comprovado que a reorganização societária em análise é a mais adequada em face dos objetivos pretendidos à época.*

*(ii) Que a presente operação não pode ser analisada simplesmente do ponto de vista da validade dos atos societários considerados isoladamente, mas sim como um todo.*

*(iii) Que é importante compreender o propósito negocial e econômico das operações societárias realizadas que deram origem a amortização do ágio.*

*(iv) Que a reestruturação societária culminou na vontade dos seus antigos acionistas, pois havia constantes dissidências entre eles, e acabava por obstar a condição das atividades da recorrente, o que era negativo para seu crescimento.*

*(v) Que os antigos acionistas alienaram suas ações, que foram adquiridas por Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa, possibilitando assim um maior consenso nas decisões empresariais, o que era necessário para o desenvolvimento e fortalecimento da recorrente no mercado.*

*(vi) Que a incorporação de algumas das acionistas da recorrente, teve a finalidade de simplificar a estrutura societária do grupo, entendida como fundamental para o sucesso da oferta pública das ações, quais seriam apresentadas em momento posterior, nos termos da Comissão de Valores Mobiliários, bem como para a adesão ao segmento de governança de corporativa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA.*

(vii) *Que de tal maneira, deve-se descartar o argumento do AFRFB, no sentido de que o ágio não teve propósito negocial e a única finalidade da reorganização teria sido a redução indevidamente o pagamento de tributos em razão da amortização do ágio.*

(viii) *Que a reorganização societária levada em efeito pelo grupo buscava a retirada dos antigos acionistas da recorrente, seguida de uma simplificação da estrutura societária adotada com a redução de custos e aumento da lucratividade, com vistas a posterior oferta pública de ações e a consequentemente obtenção de recursos para o financiamento de suas atividades, o que ocorreu de fato, tendo sido inclusive noticiado pela imprensa.*

(ix) *Que o AFRFB não questionou no TVF a regularidade formal dos fatos, e que ressaltou a sua aprovação pelo CADE.*

(x) *Que a recorrente foi constituída em 05/09/1997, como sociedade de propósito específico, originada de um consórcio de empresas, tendo sido criada com a finalidade de operar a explorar Terminais de Contêineres.*

(xi) *Que antes das operações societárias discutidas nos autos, figuravam como acionistas da recorrente Opp Leste, Previ, Sistel, 252 Participações, Multi STS e Fia.*

(xii) *Que em 17/02/2006, foi celebrado o contrato de Opções de Compra de Ações (fls. 521/577), qual se iniciou a estruturação da saída dos acionistas que não pretendiam permanecer na sociedade (Previ, Sistel, 252 Participações e Fia) em razão de conflitos diversos.*

(xiii) *Quem em 30/05/2006 ocorreu a formalização das aquisições vinculadas a opção de compra de participações diretas e indiretas, por meio de Contrato de compra e venda (fls. 702/726) as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa.*

(xiv) *As participações diretas e indiretas adquiridas representavam nesse momento 64,76% do capital da recorrente (35,04% participações diretas e 29,72% participações indiretas).*

(xv) *Que as aquisições perfizeram o valor de R\$ 451.182.156,41, o qual foi integralmente pago, a maior parte em dinheiro próprio e de terceiros obtidos mediante financiamento, e por um montante menor em debêntures, sendo que a parcela de R\$ 321.264.285,02, correspondia a ágio.*

(xvi) *Que o pagamento do ágio está devidamente fundamentado com base na metodologia de fluxo de caixa descontado.*

(xvii) *Que foi nesse momento que PW 237, que até então não participava diretamente do capital social, passou a deter 30% de participação societária, fato este que a DRJ ignorou.*

(xviii) *Que o ingresso da PW 237 no grupo detentor do controle foi reconhecido pelo AFRFB no início do TVF (fls. 6), mas ao finalizar o mesmo, conclui de modo a não reconhecer as alterações realizadas na composição societária, (fls. 116).*

(xix) *Que na mesma data das aquisições (30/05/2006), a recorrente resolveu incorporar as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelicia e Hermosa para fins de simplificação de sua estrutura societária.*

(xx) *Que o propósito de simplificação da estrutura societária do Grupo era notório, na medida em que as empresas 525 e Opp Leste, quais não haviam adquirido participações, eram acionistas da mesma desde 1997, e que o próprio AFRFB reconhece nas fls. 03 do TVF, que estas eram acionistas desde a sua constituição.*

(xxi) *Que tais operações societárias, foram realizadas dentro da estrita legalidade e revestiram-se de evidente e legítimo propósito econômico, para a consequente obtenção de recursos financeiros para o desenvolvimento e expansão de suas atividades.*

(xxii) *Que no mês de junho de 2006, após as incorporações das empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelicia e Hermosa, passou a recorrente amortizar o ágio, nos exatos termos da legislação de regência.*

(xxiii) *Que o AFRFB e a DRJ não buscaram a verdade material da operação como um todo, e concluíram de forma precipitada e equivocada que no caso concreto a amortização do ágio resultou em indevida redução de tributos, por não estar respaldada na legislação tributária e por decorrer de operações simuladas, sem propósito negocial.*

(xxiv) *Que cumpriu todos os requisitos legais e necessários para que fizesse jus ao aproveitamento fiscal da dedução de ágio questionada no processo administrativo fiscal.*

(xxv) *Que em 30/05/2006, ficou demonstrado que as empresas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelicia e Hermosa adquiriram participações societárias diretas e indiretas, tendo sido registrado um ágio de R\$ 321.264.285,02 nesta operação.*

(xxvi) *Que o próprio AFRFB, reconheceu o surgimento desse ágio, cuja amortização deu-se no momento da aquisição de participação societária pelas empresas acima mencionadas. (fls.2314).*

(xxvii) *Que a aquisição da participação societária foi equivalente a 64,76% das ações que detinha, sendo que com a incorporação de tais empresas nasceu para esta o direito de deduzir encargos de amortização do ágio para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

(xxviii) *Que embora o ágio tenha sido amortizado nos anos posteriores, o fato contábil societário que deu origem ao mesmo ocorreu no ano-base de 2006. Portanto, transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre o fato que propiciou o surgimento do ágio em 2006 e a lavratura do auto de infração em questão (12/12/2012).*

(xxix) *Que conforme o art. 150, § 4º do CTN, o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos, para a constituição de lançamento por homologação, e deve ser considerada como*

*termo inicial da contagem do prazo o fato gerador. Sendo assim, a contagem do prazo decadencial do presente, deve ter início a partir da origem do ágio e não a partir da sua amortização.*

*(xxx) Que o fisco, não poderia realizar lançamento de ofício sobre fatos pretéritos, já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial, para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos, em períodos subsequentes.*

*(xxxi) Que a aquisição de participação societária, deu-se entre partes independentes e opostas, como o mesmo AFRFB reconheceu nas fls. 2355, e que as adquirentes das ações da recorrente não têm qualquer relação com os acionistas retirantes (fls. 3425/3426).*

*(xxxii) Que foi utilizado o critério equivocado para verificar se havia ou não relação de interdependência entre adquirentes e alienantes. Pois para se estabelecer o nível de envolvimento entre as partes do negócio basta que se examine a composição da adquirente e da alienante, e não entre a alienante, adquirente e a companhia emissora das ações, como foi feito pela fiscalização.*

*(xxxiii) Que os procedimentos contábeis e fiscais adotados pelas empresas adquirentes da participação de 64,76% na recorrente estão em total conformidade com o quanto requerido pelas normas contábeis e fiscais vigentes a época da operação.*

*(xxxiv) Que segundo o art. 385 do RIR/99, o lançamento do ágio deverá indicar valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, bem como, valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base na previsão dos resultados nos exercícios futuros ou fundo de comercio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*(xxxv) Que absorveu as empresas adquirentes por meio de incorporação, uma vez que estas ultimas tinham registrado ágio apurado com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade dos resultados nos exercícios futuros da recorrente, conforme laudo de avaliação já mencionado.*

*(xxxvi) Que a legislação estabelece a possível amortização do valor do ágio nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de uns sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração (inciso III e § 6º do artigo 386 do RIR/99).*

*(xxxvii) Que nos termos da legislação acima mencionada, ocorrida à incorporação, surgiu o direito a dedução fiscal do ágio.*

*(xxxviii) Que o aproveitamento do ágio decorrente de aquisição de sociedades, representa a mera fruição de um tratamento fiscal previsto em lei.*

*(xxxix) Que AFRFB, indevidamente, desconsiderou de forma indireta a personalidade jurídica das mencionadas empresas adquirentes, ao afirmar que os reais adquirentes seriam Opp Fund, Multi STS, RK Participações e PW 237, presente nas fls.*

3429 dos autos, o que não é admitido, em face da ausência de regulamentação do artigo 116 do CTN.

(xl) *Que os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma, dependem de elaboração de lei ordinária, a qual até o presente momento, não foi editada, ou seja, a norma prevista no parágrafo único, do artigo 116 do CTN, de eficácia limitada, ainda não pode ser aplicada pelas autoridades fiscais.*

(xli) *Que a confusão patrimonial, entendidas como necessárias pela fiscalização e pela DRJ a aplicação dos artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/97 de fato ocorreram, haja vista que, com a incorporação promovida as empresas investidoras se extinguíram.*

(xlii) *Que todos os atos praticados na reorganização societária por qual passou, além de serem notadamente válidos, conforme legislação vigente a época dos fatos, possuem evidente propósito negocial.*

(xliii) *Que os motivos que impulsionaram a utilização das empresas são intrinsicamente, extratributários, relacionados à reestruturação societária que se pretendia promover. Portanto, não se pode afirmar que a única finalidade de tais empresas era a de “carregar” o ágio até a recorrente, para que este pudesse ser amortizado.*

(xliv) *Que a fiscalização não pode utilizar-se de critérios eminentemente subjetivos, para valorar as escolas empresariais que envolveram a organização dos negócios.*

(xlv) *Que mesmo se as aquisições se dessem de forma direta pelas empresas “veículos” também seria possível o aproveitamento do ágio, posição esta já reconhecida anteriormente pelo CARF.*

(xlvi) *Que a simples existência das empresas “veículos” não é suficiente para que se infirme a validade de uma operação que culmine na amortização fiscal do ágio, pois no caso em tela, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos praticados.*

(xlvii) *Que prestou informações e forneceu documentos ao AFRFB no decorrer do procedimento de fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal.*

(xlviii) *Que todos os atos societários foram devidamente registrados e arquivados nos órgãos societários competentes e declarados ao Fisco Federal, por meio das devidas obrigações acessórias.*

(xlix) *Que o recurso de ofício não deve prosperar, pois como visto, não bastasse à ausência de dolo, pois se demonstrou que foi prudente e precaveu-se de todas as formas possíveis para realizar as operações, tendo buscado a opinião de assessores externos, ou seja, agiu dentro do campo da licitude.*

(l) *Que no ano de 2006, houve o recolhimento de estimativas mensais, seja porque, naquele mesmo ano houve em diversas oportunidades a retenção do IRRF sobre aplicações financeiras, conforme DIPJ anexa.*

(li) *Que os tributos exigidos, estão sujeitos ao lançamento por homologação, e parte dos fatos geradores ocorreram em 31/12/2006.*

(lii) *Que somente foi cientificada das autuações em 14/12/2012, de modo que não ocorreu nenhuma das condutas previstas na Lei nº 4.5052/64.*

(liii) *Que quando foi cientificada da lavratura dos autos de infração parte dos créditos tributários em questão já estava extinto, nos exatos termos dos artigos 150, §4º e 156, inciso V, ambos do CTN, ocorrendo assim a decadência do direito de constituição de eventual crédito tributário pelo Fisco.*

(liv) *Que no presente, não se aplica a regra decadencial prevista no artigo 173, inciso I do CTN, mas sim o artigo 150, § 4º do mesmo. Pois efetuou diversos recolhimentos a título de IRPJ sobre os rendimentos a título de IRPJ e CSLL por estimativa, bem como houve a retenção, em diversas oportunidades do IRRF sobre os rendimentos e aplicações financeiras, (fls. 3657/3659, 3661/3663, 3674/3677, 3679/3683).*

(lv) *Que não foi apontado no TVF qualquer legislação aplicável, para fundamentar a suposta necessidade de adição da despesa com ágio, a base de cálculo da CSLL, o que macula a validade do presente lançamento, por ofensa ao princípio da legalidade.*

(lvi) *Que não deve prosperar a multa isolada exigida relativamente aos meses correspondentes aos anos-base de 2007 a 2011, pois como estes períodos já estavam encerrados quando da lavratura dos autos de infração em comento 12/12/12.*

(lvii) *Que não pode haver sobre a mesma base de cálculo, a cumulação de multa isolada com qualquer outra penalidade, o que se verifica na lavratura dos autos, pois há a cobrança da multa isolada com a multa de ofício, sobre os mesmos valores supostamente devidos a título de IRPJ e CSLL.*

(lviii) *Que o saldo inicial de prejuízo fiscais em 2006 considerado pelo AFRFB não é de R\$ 8.779.511,17, como apontado na Planilha de prejuízos fiscais de IRPJ, referente o ano calendário de 2006, mas sim de R\$ 16.609.078,99 (fls. 3318/3319).*

(lix) *Que o mesmo ocorreu em relação o saldo inicial de R\$ 29.776.396,58 referente à base negativa da CSLL do ano calendário de 2006, qual não condiz com o valor apontado, relativo ao ano base de 2011, que é de R\$ 32.737.729,49 (fls. 3320/3321).*

(lx) *Que os autos lavrados, padecem de iliquidez e incerteza, pois o cálculo efetuado, na base de cálculo de negativa da CSLL compensada no ano de 2008, está incorreto, perfazendo um montante de R\$ 584.200,80 (fls. 2883).*

(lxi) *Que o não cumprimento das formalidades essenciais (intrínsecas) aos atos de lançamento, tais como a liquidez e certeza do cálculo do tributo, como ocorreu no presente, torna os nulos, gerando a obrigação para a Autoridade Julgadora cancelá-los de ofício.*

*(Ixxii) Que os juros calculados com base na taxa Selic, não podem ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal, ao contrário do que decidiu a DRJ, pois a cobrança da Selic só é permitida sobre tributos.*

*(Ixxiii) Que a cobrança da mesma, implica no desrespeito ao princípio constitucional da legalidade expressamente previsto nos artigos 5º, II e 37 ambos da Constituição Federal, este que representa a base do Estado de Direito.*

*(Ixxiv) Por fim, que se caso for mantido o auto de infração, que seja negado o provimento ao recurso de ofício e mantido a decisão da DRJ, na parte em quem cancelou a multa qualificada imposta.”.*

Por sua vez, também foi interposto **recurso voluntário quanto à responsabilidade** às E-fls. 3729 ss., embora se anote que, num primeiro momento, o acórdão recorrido tenha consignado que não teria havido tal apresentação pelo responsável.

A Fazenda Nacional, ao seu turno, apresentou **contrarrazões ao recurso voluntário e razões ao recurso de ofício** (E-fls. 3812 ss.), respectivamente, com os fundamentos resumidos abaixo pela decisão recorrida:

*“II – Da inexistência de decadência.*

*a) Da contagem do prazo decadencial em face da amortização do ágio.*

*Sobre a decadência, alega o recorrente que o direito de a Fazenda fiscalizar a operação que deu origem ao ágio aqui discutido (ocorrida em 30/05/2006) já estava decaído quando da sua ciência do auto de infração, ocorrida em 12/12/2012. Segundo ele, o prazo decadencial no presente caso deve ser contado a partir da operação societária que deu origem ao registro inicial do ágio: a aquisição do investimento com pagamento da “mais valia”.*

*Não obstante o raciocínio delineado pelo recorrente, a assertiva por ele apresentada não encontra qualquer respaldo jurídico. Conforme será aqui demonstrado, o direito de a Fazenda fiscalizar os procedimentos relativos à criação de um ágio a ser amortizado não se submete ao prazo decadencial tributário.*

*Por certo, o prazo decadencial deve ser aplicado à atividade tributante do Estado. Isto é, ocorrida a materialização da hipótese de incidência tributária prevista em lei (fato gerador), o Fisco tem o prazo de cinco anos para constituir a correspondente obrigação tributária por meio do lançamento.*

*Tal como previsto no Código Tributário Nacional, em especial em seus artigos 150 e 173, o direito de a Fazenda Pública constituir os seus créditos tributários se subordina ao prazo decadencial de cinco anos. Assim, ocorrido o fato gerador previsto em lei (art. 150), ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173), o Fisco possui o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento e constituir os correspondentes créditos fiscais.*

*Vê-se, assim, que, para a contagem da decadência, deve-se ter em mira a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que será constituída. Sem a materialização no campo da existência de qualquer hipótese de incidência tributária prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial. Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado.*

*No caso do IRPJ, por exemplo, não ocorrendo a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza e o resultado ajustado positivo do exercício (antes da provisão para o imposto de renda), não haverá prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir as respectivas obrigações tributárias; não haverá o que lançar!*

*Voltando ao caso ora em análise, indaga-se: o pagamento do ágio previsto no artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 – RIR/99 enseja a materialização da hipótese de incidência prevista para o IRPJ? O pagamento do ágio na aquisição de uma participação societária se enquadra como fato gerador de algum tributo federal?*

*A resposta a todas essas perguntas é uma só: o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação societária não é fato gerador de nenhum tributo federal. Quem recebe o ágio auferir disponibilidade econômica, mas quem o paga, não.*

*De fato, o pagamento de um ágio decorrente da aquisição de uma participação societária não se enquadra como hipótese de incidência tributária; não é um fato que interessa à atividade tributante do Estado. A “mais valia” paga por uma empresa na aquisição de uma participação societária não constitui fato gerador de nenhum tributo previsto na legislação.*

*No que tange aos tributos aqui discutidos, a legislação aplicável ao IRPJ não admite o enquadramento do pagamento de um ágio como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza ou de resultado positivo da atividade empresarial. Pelo contrário, a aquisição de um ágio significa a aquisição de uma expectativa de ganho futuro. Quando do efetivo pagamento do ágio, não há qualquer ganho auferido pela adquirente, apenas uma despesa, uma diminuição patrimonial.*

*Ora, nesse esteio, não sendo o pagamento de um ágio fato gerador de nenhuma obrigação tributária, tem-se, então, que, em face desse fato não corre qualquer prazo decadencial contra o Fisco. Não gerando obrigação tributária a ser lançada, o pagamento de um ágio não implica qualquer prazo decadencial a favor de quem o pagou e/ou contra o Estado.*

*Contudo, de acordo com o RIR/99, essa “mais valia” constitui um “potencial” benefício fiscal a ser concedido pelo Estado. De acordo com o artigo 386 daquele Regulamento, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio apurado com base na rentabilidade futura do investimento, poderá, caso cumpridos os requisitos legais*

*para tanto, amortizar o valor desse ágio na apuração do lucro real.*

*Assim, ao adquirir uma participação societária com ágio, a pessoa jurídica adquire uma expectativa de direito de, no futuro, caso ocorra a situação prevista na legislação, poder amortizar esse valor na apuração dos tributos por ela devidos. Nessa hipótese, caso o investimento que deu origem ao ágio seja reunido com o próprio ágio (em resumo), a “mais valia” anteriormente paga passará a ter conotação fiscal. O ágio pago, que nunca foi e nunca será fato gerador de nenhuma obrigação tributária, passa a influenciar a apuração da base de cálculo dos tributos devidos pela empresa que o pagou.*

*No que tange à fluência do prazo decadencial nesse caso, o Fisco possui cinco anos para constituir os créditos de IRPJ decorrentes da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza e do resultado ajustado positivo auferidos pela empresa em determinado ano-base. O ágio utilizado na apuração das respectivas bases de cálculo não compõe a hipótese de incidência dos referidos tributos, apenas afeta, quando da sua efetiva utilização, o cálculo do montante a ser pago (benefício fiscal).*

*Com efeito, em face do ágio registrado por um sujeito passivo, o Fisco pode, ao averiguar a sua regularidade, concordar ou não com a sua amortização na apuração do lucro real. Se concluído que o registro contábil se adequa aos requisitos impostos pelo benefício fiscal concedido pela legislação, a amortização será homologada. Caso contrário, a amortização será glosada, sendo mantido, porém, a existência contábil do ágio registrado.*

*De forma retórica, indaga-se: diante do registro de um ágio em um livro de uma empresa, o que deve fazer um Auditor da Receita Federal? Segundo entende o recorrente, deve a Fiscalização averiguar a sua regularidade e glosar de forma cautelar o seu registro, haja vista que o sujeito passivo pode, no futuro, caso se envolva em uma reunião patrimonial-societária deduzir a sua amortização na apuração do IRPJ.*

*Nobres Conselheiros, diante dessa possibilidade inimaginável, não há mais nada o que falar!!!*

*Não sendo fato gerador de nenhum tributo, não há crédito tributário a ser lançado. Sendo um mero registro contábil “para o futuro”, não há cálculo de tributo “no presente” que possa ensejar a sua glosa “no presente”.*

*(...)*

*Mostra-se, com isso, que, no caso dos presentes autos, o que é objeto do lançamento tributário é a apuração das bases de cálculo do IRPJ realizada pelo contribuinte autuado, não o ágio por ele registrado. Independentemente da conclusão do presente processo, o ágio contabilizado será mantido; o que se discute aqui é o seu enquadramento no benefício fiscal concedido pelos artigos 385 e 386 do RIR/99.*

*(...)*

*b) Da ausência de pagamento antecipado no ano-calendário de 2006*

*O recorrente tenta afastar a incidência do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional quanto aos tributos referentes ao ano-calendário de 2006, sob a justificativa de que, nesse ano, houve pagamentos antecipados por meio das estimativas pagas e do IRRF incidentes sobre suas aplicações financeiras.*

*Sendo assim, a decadência deve ser reconhecida com base no artigo 150, § 4º, do CTN.*

*(...)*

*Dessa forma, de acordo com o entendimento que prevalece sobre a contagem do prazo decadencial nos casos de lançamento por homologação, portanto, não tendo a recorrente apurado IRPJ e CSLL a pagar, não há que se falar em pagamento a ser homologado nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.*

*Portanto, sendo incontestável que a SANTO-BRASIL não pagou de forma antecipada qualquer parcela do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2006, uma vez que sequer apurou em sua DIPJ débitos a pagar, o prazo para constituição dos referidos tributos deve ser contado pelo artigo 173, I, do CTN.*

*III – Da indedutibilidade do ágio amortizado.*

*Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal, o ágio deduzido pelo autuado é indedutível nos termos da legislação fiscal porque decorre da participação fraudulenta de cinco “empresas veículos” na aquisição de 64,76% de suas ações.*

*(...)*

*b) Dos reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL.*

*Antes de iniciar a análise da dedutibilidade do ágio propriamente dita, deve-se, por razões meritórias, demonstrar quais foram os reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL. Sobre esse ponto, em decorrência da simulação reconhecida, a Fiscalização considera que foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. O contribuinte, por seu lado, afirma que foram as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI.*

*A fim de apurar os reais adquirentes das ações da SANTOSBRASIL, antes detidas pelo FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL, deve-se aferir a origem dos recursos utilizados, e sobre esse aspecto não há controvérsia. Por certo, tanto a Fiscalização como o contribuinte concordam que os recursos utilizados para a aquisição das ações da SANTOS-BRASIL tiveram origem nas empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Nesse diapasão, registram-se os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal e do Recurso Voluntário:*

*(...)*

*Com efeito, os recursos utilizados na aquisição das ações da SANTOS-BRASIL tiveram origem nas empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Tais empresas foram responsáveis pelos recursos aportados na VITEX, HERMOSA, HOWLAND,*

*STRELÍCIA e BILIMBI, os quais foram integralmente utilizados na aquisição das ações do recorrente. Os aportes de recursos, por sua vez, ocorreram em dinheiro e em debêntures da SANTOSBRASIL.*

*Voltando aos fatos acima descritos, destacam-se os aumentos de capitais realizados nos dias 24/02/2006, 22 e 29/05/2006 que totalizaram R\$ 135.674.297,00.*

*Já no dia 30/05/2006, data do fechamento do Contrato de Opção de Compra e Venda, as empresas VITEX, BILIMBI e HOWLAND receberam R\$ 330 milhões do BANCO CREDIT SUISSE, oriundos de um financiamento cujo pagamento foi garantido também pela MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND.*

*Portanto, a partir da incontestável origem dos recursos, demonstra-se que os reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não foram a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, mas sim a MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND. Foram essas empresas que sacrificaram os seus patrimônios em troca de novas ações da SANTOS-BRASIL.*

*Em que pese a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI terem aderido ao contrato como adquirentes, terem entregado os recursos necessários a tal aquisição, e terem recebido as ações, as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND foram as reais adquirentes. Foram essas empresas que negociaram com o FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL o preço a ser pago, as condições de pagamento, e a forma como a participação acionária seria entregue. Além disso, foram essas empresas que efetivamente arcaram com o preço e passaram a ser as titulares das ações adquiridas.*

*A VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, portanto, foram apenas “empresas de gaveta”, por meio das quais as reais adquirentes resolveram concretizar o acordo que seria celebrado com os vendedores. Nesse esteio, tais empresas foram adquiridas pelos reais adquirentes poucos dias antes do acordo ser fechado, figuraram como partes no contrato, e serviram de “ponte” para a transferência tanto do pagamento como das ações que seriam entregues. Ao final, com a incorporação delas pela SANTOS-BRASIL, a participação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI na aquisição das ações foi completamente desfeita, tal como se elas nunca tivessem existido.*

*Vale ressaltar que todas as empresas que o recorrente defende como adquirentes das suas ações, foram adquiridas por suas controladoras contendo um capital social de R\$ 100,00 e, ao longo de suas existências, tiveram como únicas operações relevantes aquelas que envolveram a aquisição das ações da recorrente (aportes de capitais, financiamento com o BANCO CREDIT SUISSE, aquisição das ações, e extinção por incorporação). Outrossim, no mesmo dia em que adquiriram as ações foram extintas. Destaca-se, também, o fato de que as empresas BILIMBI, STRELÍCIA e HOWLAND se situavam no mesmo endereço da PW 237 (Av. Presidente Wilson, 231, 28º (parte), Centro, Rio de Janeiro), e as empresas HERMOSA e*

*VITEX apresentavam o mesmo endereço da MULTI STS (Av. Nilo Peçanha, 11, Grupo 404 parte, Centro, Rio de Janeiro).*

*Tal fragilidade existencial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI explica, dessa forma, o motivo pelo qual as reais adquirentes aparecem como intervenientes em todos os acordos em que as “empresas veículos” participam. Por óbvio, como não eram pessoas jurídicas que continham caráter de continuidade, e sequer lastro financeiro quando da assinatura dos contratos, as suas obrigações deveriam necessariamente ser assumidas também pelos seus sócios.*

*Destarte, demonstrado que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, e que a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI serviram apenas como uma “ponte” na concretização dessa operação, parte-se à análise da dedutibilidade do ágio com base nessa conclusão.*

*c) Do não cumprimento do requisito à dedutibilidade do ágio previsto na Lei nº 9.532/1997.*

*Da leitura do artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a dedutibilidade da amortização de um ágio decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio. Ou seja, há um encontro do adquirente com o investimento adquirido. Em face, portanto, dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido (presunção) o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”. O artigo 386 assim prevê:*

*(...)*

*Portanto, ao contrário do que muitos entendem, o direito à dedução fiscal do ágio não decorre simplesmente do seu efetivo pagamento. Como visto na norma supracitada, o direito à dedução nasce da “confusão patrimonial” entre investida e investidora. Caso assim não seja entendido, o artigo 386 do RIR/99 se torna letra morta. Para fins de dedutibilidade do ágio, dessa forma, é imperioso que haja a presunção de perda do investimento contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.*

*Todavia, para que haja essa “confusão patrimonial” entre investida e investidora, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial”. O real investidor, portanto, deve se confundir com o seu investimento.*

*Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participa da incorporação, fusão ou cisão*

*societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.*

*Vale dizer, portanto, que, de acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente em face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, mas não será dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

*Nesse diapasão, registra-se o teor do Acórdão nº 1302-00.834, de lavra da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, o qual, em caso similar ao ora analisado, afastou a possibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra por absoluta ausência de previsão legal para tanto:*

*(...)*

*Voltando ao caso em análise, o recorrente defende que tal “confusão patrimonial” exigida pela legislação ocorreu quando a SANTOSBRASIL incorporou o patrimônio da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA E BILIMBI. Segundo ele, em face dessa operação, os investidores (VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI) tiveram seus patrimônios absorvidos pelo investimento (SANTOS-BRASIL).*

*Todavia, como visto no item anterior, tendo sido as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL, não há como a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI justificar a dedutibilidade desse ágio nos termos do artigo 386 do RIR/99. Por certo, com a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI pela SANTOS-BRASIL, não há como defender que houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas ações da SANTOS-BRASIL com a própria SANTOS-BRASIL, pois quem efetivamente adquiriu essa empresa com ágio nunca a incorporou (ou foi por ela incorporado).*

*Assim, na situação estudada, nenhuma das empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas ações. Não houve, portanto, “confusão patrimonial” entre investida e investidoras. Desta feita, o ágio absorvido pela SANTOS-BRASIL com a incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99.*

*A única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação acionária da SANTOS-BRASIL ser dedutível ocorreria caso essa empresa fosse incorporada ou incorporasse o reais adquirentes de suas ações. E como isso poderia ocorrer? Caso as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND tivessem incorporado a SANTOS-BRASIL, ou vice-versa. Caso o ágio pago tivesse encontrado efetivamente o investimento que lhe*

*deu origem, a sua amortização seria dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99. Na presente lide, como não o foi, não há benefício fiscal a ser reconhecido.*

*Vê-se, assim, que as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, na verdade, tentaram transformar o ágio pago quando da aquisição das ações da SANTOS-BRASIL em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida a quem ela quisesse. Tais empresas tentaram “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.*

*Portanto, uma vez o ágio absorvido pela SANTOS-BRASIL não tendo sido efetivamente suportado nem pela SANTOS-BRASIL nem pela VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99.*

*A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa com amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi beneficiar o real adquirente de uma participação societária, e não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse.*

*Acerca do argumento do recorrente de que o efeito fiscal por ele almejado com a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI seria o mesmo caso as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND tivessem adquirido diretamente as ações da SANTOS-BRASIL, destaca-se que, por proporcionar uma renúncia fiscal, a previsão legal de dedução da amortização do ágio deve ser interpretada de forma literal e restritiva. Ou seja, se o comando normativo prevê a “confusão patrimonial” entre investidora e investida, o benefício fiscal deve ser reconhecido exclusivamente nessas situações. Não há como estendê-lo a outras hipóteses similares, onde o efeito prático seria o mesmo.*

*Nesse diapasão, deve-se ressaltar os julgamentos relativos aos processos nº 11020.724901/2011-30 e 16327.721354/2011-18, que culminaram com a edição dos Acórdãos nº 1402-001.404 e 1103-000.974, ainda não formalizados, pelos quais o CARF entendeu que a aquisição de investimento por meio de empresa veículo sem propósito negocial não autoriza a dedução do ágio conforme prevê a Lei nº 9.532/1997.*

*IV – Razão ao recurso de ofício. Da devida qualificação da multa de ofício.*

*No que tange à qualificação da multa de ofício, em que pese o entendimento da decisão recorrida, correta fora a atitude da Fiscalização, a qual pautou a sua conclusão na simulação orquestrada pelo contribuinte em conluio com outras empresas. Com efeito, não fosse a participação artificial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição das ações da SANTOS-BRASIL, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi.*

*Explica-se.*

*Tal como exposto no item anterior, a Lei nº 9.532/1997 exige à dedutibilidade do ágio a “confusão patrimonial” entre investida e investidora (real adquirente do investimento), e, como visto, esse fato não ocorreu no presente caso, uma vez que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não a incorporam ou foram incorporadas por ela.*

*Partindo, portanto, da dedução ilícita do ágio pelo contribuinte e da sequência de operações societárias realizadas, é possível aferir o resultado pretendido pelo contribuinte: conseguir deduzir fiscalmente o ágio que seria pago pelas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, em face da aquisição de suas ações, sem, contudo, ter que realizar a “confusão patrimonial” entre investidora e investida exigida pela lei.*

*De fato, vendo as operações realizadas com um filme, é possível visualizar o resultado obtido pela MULTI STS, RK, PW 237, OPP FUND, além da própria SANTOS-BRASIL: uma vez acordada a aquisição das ações, fora orquestrada uma sequência de operações artificiais que permitiriam a dedução do ágio, que inevitavelmente seria pago, e sem que fosse necessário os reais adquirentes das ações ter que, por exemplo, incorporar ou ser incorporado pela SANTOS-BRASIL.*

*E, como isso foi feito? Fazendo com que as reais adquirentes adquirissem, poucos dias antes da celebração do acordo, cinco “empresas de gaveta”, as quais, sendo utilizada como “ponte” tanto para a transferência do pagamento como para as ações que seriam entregues, figurariam de forma artificial como “reais adquirentes” das ações da SANTOS-BRASIL. Ao final, por lógico, essas “empresas de gaveta” deveriam ser extintas, a fim de que as reais adquirentes das ações as detivessem de forma direta.*

*Portanto Senhores Conselheiros, a controvérsia tanto do mérito dos presentes autos como da qualificação da multa de ofício é esta: é lícita a interposição de “empresas de gaveta” na aquisição de um investimento e, ainda assim, usufruir um benefício fiscal que fora editado visando reais aquisições societárias?*

*Para a Fiscalização, assim como para esta Procuradoria, a resposta só pode ser negativa. Não há como estender o benefício previsto na Lei nº 9.532/1997 para um caso onde a empresa que adquiriu a participação societária é uma “empresa de gaveta”. E mais, “empresa de gaveta” esta que foi incluída no processo de aquisição do investimento com prazo certo de vigência, ou seja, programada para ser extinta.*

*Caso o dispositivo legal pretendesse inserir em seu campo de incidência tal artificialidade, ele não teria lançado mão de conceitos específicos, tais como “absorver patrimônio de outra” e “adquirida com ágio”. A norma simplesmente teria estabelecido que, havendo uma aquisição de participação societária com ágio pautado em sua rentabilidade futura, essa “mais valia” geraria uma despesa dedutível ao próprio investimento adquirido.*

*Mas não, expressamente ela determina que para a concessão da redução fiscal haja a “confusão patrimonial” entre a investida e a real investidora, pois, só assim haverá a presunção de perda do investimento adquirido. No caso dos presentes autos, como já dito, não ocorre essa presunção, uma vez que as reais adquirentes das ações da SANTOS-BRASIL não se “confundiram patrimonialmente” com ela.*

*E justamente essa era a intenção do contribuinte e das outras empresas: simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A simulação ocorreu em razão da participação artificial da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição. Como fora visto, não obstante essas empresas constarem dos contratos, elas jamais adquiriram as ações. Quem o fez foram as empresas MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND, as quais, após o tempo calculado, acabaram sendo as efetivas detentoras das ações.*

*Dessa forma, a simulação fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:*

*(i) Vontade declarada – aquisição pela VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI de 64,76% das ações da SANTOS-BRASIL, com pagamento de ágio, seguida da incorporação daquelas pela segunda, e aproveitamento fiscal da “mais valia” conforme prevê a Lei nº 9.532/1997.*

*(ii) Vontade real aferida – aquisição pela MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND de 64,76% das ações da SANTOSBRASIL, com pagamento de ágio, e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela própria SANTOS-BRASIL sem ter cumprido a exigência prevista na Lei nº 9.532/1997.*

*Portanto, o evidente intuito doloso do contribuinte resta claro quando se vê que todos os atos e negócios que envolveram a VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI se traduzem em documentos de conteúdo falso, uma vez que atestaram a participação de “empresas de gaveta”. Empresas estas que, para que o contribuinte atingisse o seu objetivo, tinham que ser extintas, assim como acabou ocorrendo.*

*Vale ressaltar que não se está aqui a defender que as MULTI STS, RK, PW 237 e OPP FUND deveriam ter adquirido as ações da SANTOSBRASIL de forma direta. Não. O que se está aqui demonstrando é que, partindo do resultado ilícito obtido pelo contribuinte (dedução do ágio sem que tenha havido a “confusão patrimonial” exigida pela Lei nº 9.532/1997), a participação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI na aquisição não pode ser oposta contra o Fisco. Tal participação acabou proporcionando o gozo indevido de um benefício fiscal.*

*Vendo de forma isolada, as operações de aquisição das ações da SANTOS-BRASIL e de incorporação da VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI são válidas. Contudo, quando se nota a negociação que fora inicialmente estabelecida com o FUNDO CVC, FIA, PREVI e SISTEL e o resultado final obtido por meio das operações realizadas, vê-se a ilicitude conseguida, assim como o dolo de fraude nessa intenção.*

*Acerca do propósito negocial defendido pelo recorrente na utilização as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e BILIMBI, destaca-se que todos os argumentos por ele alegados não condizem com a realidade. De início, sobre a afirmação de que a criação das empresas decorreu de uma imposição feita pelo BANCO CREDIT SUISSE para a concessão do financiamento, ressalta-se que, além de o recorrente não ter comprovado tal exigência, a extinção das “empresas veículos” no mesmo dia em que receberam o financiamento põe por terra tal afirmação. Ora, se o BANCO CREDIT SUISSE exigiu o isolamento do crédito em sociedades “limpas” e “sem passado” (expressões utilizadas pelo recorrente), por que a dívida fora assumida no mesmo dia por sociedades “suja” e “com passado”? Por certo, não há como imaginar que, tal como fora afirmado pelo recorrente, o BANCO CREDIT SUISSE, que “possui profissionais suficientemente qualificados”, se deixaria enganar de tal forma.*

*Portanto, ao contrário do que afirma o recorrente, tal conclusão não decorre de uma observação impertinente, mas sim de uma questão de lógica.*

*Se o BANCO CREDIT SUISSE exigiu que o crédito do financiamento fosse assumido por empresas “limpas”, por que no mesmo dia esse financiamento foi assumido por empresas antigas? Como visto, o suposto isolamento exigido pelo banco não durou sequer um dia!*

*Em segundo lugar, no que toca à alegação de que a participação das “empresas veículos” decorreu da necessidade dos reais adquirentes segregar o investimento adquirido das demais atividades do grupo econômico, tal como no aspecto anterior, o fato de tais empresas terem sido extintas no mesmo dia em que adquiriram as ações não permite que essa afirmação seja aceita. De fato, se o intuito do grupo era segregar as ações da SANTOS-BRASIL do resto das atividades do grupos econômicos que as adquiriram, por que as empresas, responsáveis por esta segregação, foram extintas no mesmo dia da aquisição? Que segregação é essa que não dura sequer um dia? E mais, por que os Grupos OPPORTUNITY e FINK teriam intenção de segregar um investimento que já detinham de forma direta? Vale lembrar que, antes da aquisição, o Grupo OPPORTUNITY detinha 22,73% das ações da SANTOS-BRASIL, e o Grupo FINK, 12,51%.*

*Por último, acerca da afirmação de que a extinção das “empresas veículos” teve como objetivo a simplificação societária a fim de obter sucesso na futura oferta pública de ações, destaca-se que a solução pretendida pelo contribuinte decorre de um problema que ele próprio deu causa. Em resumo, ele afirma que o grupo econômico tinha que simplificar uma estrutura que ele próprio criou. E mais, complexidade esta que foi criada no mesmo dia em que foi extinta.*

*Portanto, demonstra-se que o recorrente não consegue demonstrar as razões extrafiscais que levaram à participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELÍCIA e*

*BILIMBI na aquisição das suas ações. Sem ter a necessidade de abordar qualquer aspecto de ingerência empresarial, os argumentos propostos pelo recorrente são completamente falaciosos. Eles não suportam uma simples comparação com os fatos.*

*No que tange ao entendimento de que a publicidade e a regularidade dos atos praticados pelo contribuinte afastam o seu evidente intuito doloso, ressalta-se que tais aspectos de validade dos atos artificiais praticados são necessariamente parte integrante da simulação praticada. Por certo, não existindo essa publicidade e regularidade, o contribuinte não teria agido de forma simulada, com a intenção de declarar uma vontade diversa da sua real intenção.*

*Sem atos válidos, o contribuinte não teria praticado simulação, mas sim erros grosseiros, pois os atos formais praticados sequer existiriam.*

*Portanto, ao invés de afastar o dolo, o cumprimento de todos os requisitos de existência, validade e eficácia dos atos formais praticado atestam tal aspecto. Demonstram o evidente intuito do contribuinte em fazer com que o Fisco incorresse em erro no momento da apuração do fato gerador dos tributos.*

*Por fim, acerca do Parecer elaborado por Nelson Carvalho, chama-se atenção para o fato de que, de acordo com a parte inicial do referido documento, ele não serve para demonstrar a boa-fé do contribuinte. Isso porque, conforme o parecerista informa no início de sua peça, a ele foi prestada a informação de que “(ii) após a concretização dessas transações, as adquirentes (responsáveis, de forma direta ou indireta, pelo pagamento de ágio) serão incorporadas pela Santos-Brasil (a até então “controlada”), através de transação denominada “incorporação reversa””. Ou seja, o parecerista emitiu sua opinião a favor da dedutibilidade do ágio com base na informação de que as reais adquirentes seriam incorporadas pelo contribuinte. Com efeito, ao dizer que as adquirentes seriam aquelas empresas responsáveis de forma direta ou indireta pelo pagamento, o parecerista fez expressa menção à origem do pagamento.*

*V – Da responsabilidade solidária da SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em face da incorporação do patrimônio cindido do contribuinte.*

*a) Da responsabilidade no caso de cisão.*

*Como primeiro ponto de insurgência, acerca da ausência de responsabilidade tributária em face de cisão empresarial, destaca-se que tanto a jurisprudência administrativa como a judicial já sedimentaram entendimento de que essa modalidade de mutação empresarial, em que pese não estar prevista expressamente no artigo 132 do CTN, se submete a essa norma específica.*

*Com efeito, não há qualquer motivo razoável que justifique a exclusão dessa modalidade dos efeitos pretendidos pelo artigo 132. Caso tal exceção fosse possível, sem sombra de dúvidas não haveria mais fusões, transformações ou incorporações, mas*

*apenas “cisões” com os mesmos efeitos, as quais seriam realizadas tão somente para livrar as empresas resultantes da responsabilidade tributária sobre os débitos então existentes.*

*Outrossim, vale ressaltar o conteúdo do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.598/1972, o qual estabelece de forma expressa a responsabilidade solidária da pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra em face de cisão parcial:*

*(...)*

*Outrossim, valem ser registrados dois aspectos. O primeiro deles envolve o fato de que, de acordo com o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da SANTOS-BRASIL, em face da cisão, a SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES passou a suceder de forma universal em todos os direitos, bens e obrigações da SANTOS BRASIL compreendidos na parcela cindida. E mais, após a cisão, a SANTOS BRASIL permaneceu apenas com R\$ 10 mil em seu caixa. Ou seja, de acordo com o próprio Protocolo de Cisão, a SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES é responsável solidária pelo patrimônio que era da SANTOS BRASIL e foi beneficiado pela dedução indevida do ágio aqui discutido. Tendo a SANTOS BRASIL permanecido com apenas R\$ 10 mil, por óbvio que a parcela do seu patrimônio beneficiada pelo ágio foi absorvida pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES.*

*Como segundo aspecto, destaca-se o fato de que a cisão parcial do patrimônio da SANTOS BRASIL seguida da incorporação pela SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES, ocorreu quase um ano depois do início do procedimento de fiscalização que deu ensejo ao presente processo administrativo. Com efeito, tendo recebido o Termo de Início de Ação Fiscal em 20/12/2010, a cisão ocorreu no dia 15/09/2011. Ou seja, praticamente cometendo uma fraude contra credor (Fazenda Nacional), o contribuinte pretendeu dissipar o seu patrimônio a fim de evitar que ele respondesse por eventuais débitos fiscais.*

*Sendo assim, não há como negar a caracterização da SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES como responsável solidário dos débitos aqui discutidos. Além de ter assumido documentalmente tal ônus, pela data em que a cisão ocorreu e o início do procedimento de fiscalização que deu origem ao presente processo, a sua responsabilidade, além de legal, é justa.*

*(...)”.*

Do julgamento do recurso pela Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção resultou o **acórdão n. 1302-001.980** (E-fls. 4094 ss.), que negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento à insurgência do contribuinte, para cancelar a glosa de amortização de ágio, contando com a seguinte ementa:

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

*Ano calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011*

**DECADÊNCIA. AFASTADA**

*A decadência, como perda do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário, tem sempre como baliza, seja*

*diretamente (art. 150, § 4º, do CTN) ou indiretamente (art. 173, I, do CTN), o fato gerador do tributo. Pelo art. 150, § 4º, do CTN, o dies a quo do prazo decadencial é a própria data do fato gerador do tributo, já, na regra do art. 173, I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o Fisco poderia lançar, o que exige também que primeiro se identifique a data do fato gerador do tributo, para depois concluir quando o Fisco poderia ter efetuado o lançamento.*

*A despesa com amortização do ágio é apenas um elemento que entra no cálculo da base tributável, sendo que todos os elementos que compõem tal base tributável são auditáveis pelo Fisco, logicamente, dentro do prazo decadencial fixado no CTN.*

#### **SIMULAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. NEGÓCIO INDIRETO.**

*Não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.*

*O fundamento central da autuação demonstrou-se frágil para justificar a desconsideração dos atos praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado tributário fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos.*

#### **ABUSO DE DIREITO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, CTN. INAPLICÁVEL**

*O parágrafo único do art. 116 do CTN é uma norma de eficácia limitada, pois só adquirirá plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.*

*Se a Lei Complementar 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não há como tal condição ser dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.*

#### **TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

*Tratandose da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.*

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado: em rejeitar a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Marcelo Calheiros Soriano. Os Conselheiros Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado votaram pelas conclusões. Acordaram ainda, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício.*

*LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO Presidente.*

*ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR Relator."*

Diante do referido acórdão, primeiramente a Fazenda Nacional opôs **embargos de declaração** (E-fls. 4152 ss.), que foram admitidos pelo despacho às E-fls. 4160 ss., e a turma proferiu o **acórdão n. 1302-002.095** (E-fls. 4.165 ss.) acolhendo-os, sem efeitos modificativos, apenas para retificar lapso manifesto caracterizado pela omissão do acórdão anterior que silenciou quanto ao Recurso Voluntário apresentado pelo responsável solidário, de forma que concluiu, na decisão integrativa, que o julgamento desta peça restava prejudicado, já que foi dado provimento integral ao recurso voluntário do contribuinte.

A Fazenda Nacional interpôs, então, **recurso especial** (E-fls. 4171 ss.), suscitando divergência em relação ao acórdão paradigma n. 9101-002.188 no sentido de que a aquisição de investimento por meio de empresa veículo sem propósito comercial não autorizaria a dedução do ágio, conforme prevê a Lei n. 9.532/1997., ao que foi dado seguimento integralmente pelo **despacho de admissibilidade** (E-fls. 4192 ss.), não havendo recurso, registra-se, quanto à multa qualificada.

Em conclusão, a contribuinte ofereceu **contrarrrazões** (E-fls. 4223 ss.) e, posteriormente, foi protocolizada **petição** (E-fls. 4387 ss.) pela Santos Brasil tratando da necessidade de retorno dos autos para análise do termo de solidariedade, caso eventualmente fosse dado provimento ao presente recurso especial.

Passa-se, assim, à apreciação do recurso.

## Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Redatora *ad hoc*

**Conforme exposto no relatório supra, fui designada redatora ad hoc para formalizar o presente acórdão, utilizando relatório e voto apresentados pela Relatora em sessão de julgamento. Nestes termos, o conteúdo do voto a seguir transcrito corresponde ao voto proferido pela Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio:**

## 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.

Voltando-se ao caso concreto, observa-se que o recurso especial não pode ser conhecido por impossibilidade de estabelecimento da divergência requerida regimentalmente, uma vez que partiram de critérios de decisão notadamente distintos, pelo que as linhas argumentativas desenvolvidas consequentemente não se aproximaram.

Retomando-se o acórdão recorrido, infere-se que o racional adotado partiu da busca do sucesso da fiscalização em demonstrar efetivamente a ocorrência de uma patologia efetiva no uso de empresa veículo no contexto de uma operação com aproveitamento de ágio ou, de outro turno, a ausência de sua configuração como vício de legalidade. Para tanto, e a demonstrar o colocado, construiu seu texto iniciando pela demarcação da infração fiscal e seu enquadramento jurídico, veja-se:

### **"DA INFRAÇÃO IMPUTADA**

*Assim, essa é mais uma autuação que envolve discussões sobre a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, sendo importante ressaltar que o caso sub examine não se configura como operação casa-separa nem envolve discussão sobre ágio interno, já que se*

*resume unicamente à alegação de uso de empresas veículos na situação retro mencionada.*

*Antes de analisar qual a infração imputada à recorrente, cabe alertar que o julgamento no âmbito do CARF é de cognição restrita. O próprio RICARF e a Súmula no 2 já vedam qualquer juízo de constitucionalidade de lei. Na verdade, isso decorre do fato de que a atividade dos colegiados do CARF não passa de mero controle de legalidade dos lançamentos tributários. Assim, ou se demonstra que a operação está maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.*

*Da leitura do TVF, constata-se que a infração imputada à recorrente tem como ponto fulcral a alegação de que as pessoas jurídicas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa eram empresas “veículos” e, assim entendendo, os autuantes concluem que não teria ocorrido a incorporação que autorizaria a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio na recorrente, pois quem teria efetivamente pago o ágio seriam a Multi STS (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório) e, não, as pessoas jurídicas (controladoras) que foram incorporadas pela recorrente (controlada). Vejamos, então, alguns trechos do TVF:*

*“145. As empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, conforme constam nas DIPJ 2006, ano-calendário 2006, informaram que não possuíam empregados, e que, além das despesas decorrentes das aquisições societárias, tais como, IOF, CPMF, despesas cartoriais e de publicações, não realizaram despesas operacionais a título de Remuneração a Dirigentes, de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício, de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, de Aluguéis, etc. As fichas 4A e 5A, onde são informados os custos e despesas incorridas pela empresa, estão praticamente zeradas.*

*146. Ora, se estas empresas não remuneraram dirigentes e não possuíram qualquer despesa a título de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, quem foi o executor dos serviços para constituição da empresa, dos serviços contábeis, dos serviços bancários, etc? Como foi possível a contratação desses serviços? Houve prestação de serviço sem remuneração? Os dirigentes trabalharam sem remuneração?*

*147. O fato é que as empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, não possuíam qualquer estrutura operacional e administrativa. Foram adquiridas apenas para servirem de veículos entre os reais investidores Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 e os acionistas retirantes da Santos Brasil: o Fundo CVC, Previ, Sistel e Fia, repassando-lhes os recursos financeiros oriundos de seus reais controladores ou*

*obtidos no mercado financeiro graças a intervenção destes.*

*(...)*

*165. Face as análises efetuadas por esta auditoria fiscal conclui-se que os valores amortizados a título de ágio decorrente da incorporação da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia pela Santos Brasil são indedutíveis para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.*

*166. Seja pelo fato de que a interposição de uma sociedade com a única finalidade de servir de empresa veículo para registrar o ágio pago em uma operação, ao invés da utilização da real investidora, e logo em seguida efetuar a incorporação desta empresa veículo pela investida, com o único intuito de promover a redução da carga tributária.*

*167. Ou seja pelo fato desta operação não ter o condão de extinguir a participação societária, haja vista que quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permaneceram inalterados na controladora original.”*

*Antes de analisarmos o enquadramento jurídico dado a tal imputação, cabe, desde já, lembrar que uma companhia pode ser constituída apenas para participar de outras pessoas jurídicas sem qualquer atividade operacional, se não vejamos como dispõe o § 3º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, in verbis:*

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

*(...)*

***§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiarse de incentivos fiscais.***

*No entanto, os autuantes alegam que as Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia não tiveram despesas com dirigentes nem de qualquer outro tipo, inclusive com empregados, o que as configurariam como “empresas veículos”. Assim, vejamos agora como foi enquadrada a conduta das controladoras pelo uso das ditas empresas veículos. Observo que me refiro a “ditas empresas veículos”, pois falta à expressão “empresa veículo” uma base conceitual doutrinária e jurisprudencial, mas principalmente legal, razão pela qual o sucesso da autuação depende basicamente da demonstração, pelos autuantes, de que tal conduta se configura em algum ilícito previsto em lei.*

#### **DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFRAÇÃO**

*Ora, a autoridade fiscal enquadrrou a conduta das controladoras das ditas “empresas veículos” como simulação, abuso de direito e fraude à lei, em um verdadeiro rosário de patologias jurídicas, se não vejamos o parágrafo 176 do TVF, in verbis:*

176. Essas operações, apesar de formalmente lícitas, são desprovidas de substância essencial ao negócio, **vez que a vontade expressa materialmente não corresponde a subjetivamente acordada entre as partes**. Na verdade trata-se de atos intrinsecamente vazios, cuja **única intenção é contornar norma impositiva tributaria**, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linha gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.

177. Vale lembrar que, com o advento do Código Civil veiculado pela Lei nº 10.406, de 2002, o abuso do direito passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187 "in verbis":

178. "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Ora, no parágrafo 176, os autuantes falam em divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada, o que é um elemento da simulação, porém, mais a frente, falam em intenção de contornar norma impositiva, o que seria então fraude à lei, para, no parágrafo seguinte, tratar de abuso de direito. Decerto que, embora não seja a regra, a simulação relativa pode coexistir com a fraude à lei, mas já é mais controverso o enquadramento da mesma conduta como simulação e abuso de direito. De qualquer sorte, cabe analisarmos cada um desses enquadramentos jurídicos dado às condutas das controladoras." (sublinhou-se)

Assim, depois de descrever detalhadamente a evolução histórico-legislativa sobre o ágio, consignou o relator realmente entender "toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor, nem muito menos interpretado como fraude à lei."

E, a partir daí, passou a enfrentar então os institutos da fraude à lei, simulação e abuso de direito, no intuito de verificar se a infração imputada pela fiscalização se subsumiria a alguma dessas figuras, concluindo-se que "o fundamento central da autuação – que Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia eram "empresas veículos" demonstrou-se frágil para justificar a desconsideração dos atos por elas praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos, pois, pelo menos, os autuantes não lograram demonstrar isso", razão pela qual deu provimento ao recurso voluntário para se desconstituir o lançamento.

Por outro lado, quando se procede à leitura do paradigma apresentado, acórdão n. 9101-002.188, independentemente das questões apontadas como verdadeiros objetos da autuação num ou noutro processo, observa-se que tratou especificamente da questão da possibilidade de transferência do ágio, conseguida via uso de empresa veículo. Isso ficou tão assentado que, uma vez questionada a inviabilidade de julgamento pela CSRF na ocasião diante da ausência de prequestionamento desse tema pela Fazenda Nacional, o relator da referida decisão assim concluiu:

*"Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.*

*Da citação acima, depreende-se que não só houve a discussão quanto à transferência de ágio, como a razão de decidir unânime da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento foi no sentido de ausência de previsão legal para transferência de ágio."*

Nesse sentido, como adiantado, pensa-se que a distinção entre os critérios de decidir e linhas argumentativas dos acórdãos recorrido e paradigma impossibilitam a configuração da divergência necessária ao conhecimento do presente recurso especial, a se ver que nem o primeiro posicionou-se acerca da ilicitude na de transferência do ágio, tampouco o segundo manifestou-se sobre as digressões por aquele feitas acerca das patologias que viciam a utilização de empresa veículo por vícios de legalidade.

Mais do que isso, possivelmente poderiam ter interpretações jurídicas convergentes quanto às questões, se analisadas sob o mesmo enfoque fáctico. Justamente isso, adiciona-se, que parece ter ocorrido com a questão da confusão patrimonial, não explorada pelo acórdão recorrido, mas que também não se pode dizer divergente do acórdão paradigma.

Assim sendo, conclui-se no sentido de que teriam julgado temas diversos e, na hipótese de se conhecer o recurso, ficariam as indagações sobre qual se pronunciar o presente colegiado e se o eventual provimento do recurso teria o condão de superar a outra matéria então não analisada.

Por essas razões, **vota-se por NÃO CONHECER o recurso da Fazenda Nacional.**

## MÉRITO

Na eventualidade de vencida quanto ao conhecimento do recurso especial, e na busca de manter coerência com as observações elaboradas quando de sua análise acerca da eventual matéria a ser apreciada por este colegiado, entende-se devolvida ao julgamento desta instância a suposta utilização indevida de empresa veículo, sem a demonstração de propósito comercial, capaz de configurar vício a atribuir ilegalidade à operação, impedindo o aproveitamento do ágio amortizado, na medida em que compreendo que apenas posicionamento contrário nesse sentido seria capaz de alterar o acórdão recorrido, que nessa linha se desenvolveu.

Dentro desse escopo, portanto, é que também me permito adotar as razões de decidir do conselheiro Alberto Pinto de Souza Júnior no acórdão n. 1302-001.980, como autorizado pelas regras do processo administrativo fiscal, porque fartamente detalhadas e por delas compartilhar integralmente, também não considerando haver previsão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro que impeça o uso de empresa veículo sem a imputação de vício

efetivo na causa do negócio jurídico ou que preveja a figura do propósito negocial, mas exatamente regras indutivas em sentido oposto, independentemente do gosto da fiscalização, e produções doutrinárias e importações do direito alienígena que não guardam correspondente internamente.

Assim como o relator, para além dessas premissas jurídicas, do ponto de vista concreto, também não vejo que a fiscalização tenha logrado em demonstrar defeitos na operação capazes de classificar-na como fraudulenta, abusiva ou simulatória, de modo a não se sustentar a manutenção do presente lançamento, de modo que também voto pela sua desconstituição, como as palavras assumidas:

#### *"DO MÉRITO*

*A situação fática pode ser assim sintetizada:*

*1º A Multi STS e a RK (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório), ao invés de adquirirem diretamente as participações que o Fundo CVC, a FIA, a PREVI e a SISTEL detinham na recorrente, elas o fizeram por meio de empresas que depois vieram a ser absorvidas pela recorrente e, consequentemente, o ágio pago passou a ser amortizado na recorrente.*

*2º Para melhor compreensão dos meus pares, alerto que o PW237 (Grupo Dório) não fazia parte do quadro societário da recorrente inicialmente, sendo que passou a fazer parte, indiretamente, a partir do momento que suas controladas Howland e Strelícia adquiriram a participação na recorrente.*

*3º Vale ressaltar que o ágio foi pago pela Bilimbi, Vitex, Hermosa, Howland e Strelícia a pessoas jurídicas desvinculadas dos grupos compradores (Opportunity, Fink e Dório), ou seja, ao Fundo CVC, FIA, PREVI e SISTEL. Assim, mesmo para aqueles que glosam a despesa com ágio interno antes da Lei 12.943/14, neste caso, não há que se falar que o ágio era interno aos grupos. Isso pode ser constatado da própria tabela constante do TVF a fls. 2318.*

#### *DA INFRAÇÃO IMPUTADA*

*Assim, essa é mais uma autuação que envolve discussões sobre a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, sendo importante ressaltar que o caso sub examine não se configura como operação casasepara nem envolve discussão sobre ágio interno, já que se resume unicamente à alegação de uso de empresas veículos na situação retro mencionada.*

*Antes de analisar qual a infração imputada à recorrente, cabe alertar que o julgamento no âmbito do CARF é de cognição restrita. O próprio RICARF e a Súmula no 2 já vedam qualquer juízo de constitucionalidade de lei. Na verdade, isso decorre do fato de que a atividade dos colegiados do CARF não passa de mero controle de legalidade dos lançamentos tributários. Assim, ou se demonstra que a operação está maculada por alguma patologia jurídica ou ela é lícita e a ela devemos dar os efeitos que lhe são próprios segundo a legislação tributária.*

*Da leitura do TVF, constatase que a infração imputada à recorrente tem como ponto fulcral a alegação de que as pessoas jurídicas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa eram empresas “veículos” e, assim entendendo, os autuantes concluem que não teria ocorrido a incorporação que autorizaria a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio na recorrente, pois quem teria efetivamente pago o ágio seriam a Multi STS (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório) e, não, as pessoas jurídicas (controladoras) que foram incorporadas pela recorrente (controlada). Vejamos, então, alguns trechos do TVF:*

*“145. As empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, conforme constam nas DIPJ 2006, anocalendarário 2006, informaram que não possuíam empregados, e que, além das despesas decorrentes das aquisições societárias, tais como, IOF, CPMF, despesas cartoriais e de publicações, não realizaram despesas operacionais a título de Remuneração a Dirigentes, de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício, de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, de Aluguéis, etc. As fichas 4A e 5A, onde são informados os custos e despesas incorridas pela empresa, estão praticamente zeradas.*

*146. Ora, se estas empresas não remuneraram dirigentes e não possuíram qualquer despesa a título de Prestação de Serviços por Pessoa Física sem Vínculo Empregatício e de Prestação de Serviços por Pessoa Jurídica, quem foi o executor dos serviços para constituição da empresa, dos serviços contábeis, dos serviços bancários, etc? Como foi possível a contratação desses serviços? Houve prestação de serviço sem remuneração? Os dirigentes trabalharam sem remuneração?*

*147. O fato é que as empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, não possuíam qualquer estrutura operacional e administrativa. Foram adquiridas apenas para servirem de veículos entre os reais investidores Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 e os acionistas retirantes da Santos Brasil: o Fundo CVC, Previ, Sistel e Fia, repassandolhes os recursos financeiros oriundos de seus reais controladores ou obtidos no mercado financeiro graças a intervenção destes.*

*(...)*

*165. Face as análises efetuadas por esta auditoria fiscal concluiu-se que os valores amortizados a título de ágio decorrente da incorporação da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia pela Santos Brasil são indedutíveis para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.*

*166. Seja pelo fato de que a interposição de uma sociedade com a única finalidade de servir de empresa veículo para registrar o ágio pago em uma operação, ao invés da utilização da real investidora, e logo em seguida efetuar a incorporação desta empresa veículo pela*

*investida, com o único intuito de promover a redução da carga tributária.*

*167. Ou seja pelo fato desta operação não ter o condão de extinguir a participação societária, haja vista que quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permaneceram inalterados na controladora original.”*

*Antes de analisarmos o enquadramento jurídico dado a tal imputação, cabe, desde já, lembrar que uma companhia pode ser constituída apenas para participar de outras pessoas jurídicas sem qualquer atividade operacional, se não vejamos como dispõe o § 3º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, in verbis:*

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

*(...)*

*§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.*

*No entanto, os autuantes alegam que as Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia não tiveram despesas com dirigentes nem de qualquer outro tipo, inclusive com empregados, o que as configurariam como “empresas veículos”. Assim, vejamos agora como foi enquadrada a conduta das controladoras pelo uso das ditas empresas veículos. Observo que me refiro a “ditas empresas veículos”, pois falta à expressão “empresa veículo” uma base conceitual doutrinária e jurisprudencial, mas principalmente legal, razão pela qual o sucesso da autuação depende basicamente da demonstração, pelos autuantes, de que tal conduta se configura em algum ilícito previsto em lei.*

#### **DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFRAÇÃO**

*Ora, a autoridade fiscal enquadrrou a conduta das controladoras das ditas “empresas veículos” como simulação, abuso de direito e fraude à lei, em um verdadeiro rosário de patologias jurídicas, se não vejamos o parágrafos 176 do TVF, in verbis:*

*176. Essas operações, apesar de formalmente lícitas, são desprovidas de substância essencial ao negócio, vez que a vontade expressa materialmente não corresponde a subjetivamente acordada entre as partes. Na verdade tratase de atos intrinsecamente vazios, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linha gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivarse ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.*

177. Vale lembrar que, com o advento do Código Civil veiculado pela Lei nº 10.406, de 2002, o abuso do direito passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187 "in verbis":

178. "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Ora, no parágrafo 176, os autuantes falam em divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada, o que é um elemento da simulação, porém, mais a frente, falam em intenção de contornar norma impositiva, o que seria então fraude à lei, para, no parágrafo seguinte, tratar de abuso de direito. Decerto que, embora não seja a regra, a simulação relativa pode coexistir com a fraude à lei, mas já é mais controverso o enquadramento da mesma conduta como simulação e abuso de direito. De qualquer sorte, cabe analisarmos cada um desses enquadramentos jurídicos dado às condutas das controladoras.

#### **DA FRAUDE À LEI**

Assim, fica claro que os autuantes caracterizam a conduta das controladoras tanto como fraude à lei como simulação. Sobre a possibilidade de coexistência da simulação com a fraude à lei, vale a transcrição do seguinte excerto da obra de Beza do Santos (*A Simulação em Direito Civil*, Lejus, 1999), in verbis:

*"A fraude à lei deve distinguir-se da simulação, porque tem configurações jurídicas diversas. Uma e outra não representam situações que necessariamente se excluam, que não possam coexistir. Mas, se é certo que elas podem encontrarse simulataneamente no mesmo ato jurídico, também o é que, num grande número de casos, pode haver simulação sem fraude à lei, e fraude à lei sem que simulação exista. É que a simulação nem sempre é fraudulenta, podendo simularse sem que se procure iludir a lei, sem que de fato a lei seja infringida, da mesma maneira que pode usarse da fraude à lei sem que se empregue a simulação para tal fim.*

(...)

***Pode, porém, violarse a lei por uma forma indireta, insidiosa, respeitandose aparentemente, mas iludindose na realidade os seus preceitos, não se atacando o seu texto, mas falseandose o espírito, procurando conseguirse, obliquamente, um resultado que por meios diretos não se pode alcançar, porque expressamente os proíbe o texto legal que se procura iludir."***

Inicialmente, cabe verificar que estamos tratando de um conjunto normativo feito sob medida para o aproveitamento do ágio, conforme já me manifestei em outros julgamentos neste CARF, se não vejamos o seguinte histórico da evolução normativa:

O Decreto-Lei 1.598/77 dispunha, no seu art. 34, que, 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 substituísse seria computado na determinação do lucro real, como perda de capital dedutível, a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado. Facultativamente, o contribuinte, para efeito de determinar o lucro real, podia optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos. Então, a diferença entre o valor contábil registrado na investidora e o valor a preço de mercado da incorporada constituía uma perda de capital dedutível da base tributável em caso de fusão, cisão e incorporação.*

*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:*

*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;*

*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.*

*§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:*

*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 períodobase; e*

*b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente*

*§ 2º O contribuinte deve computar no lucro real de cada períodobase 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.*

*Vale salientar que, durante muito tempo não se admitiu ágio ou deságio na subscrição de ações, algo que veio começar a ser aceito com uma mudança de entendimento da CVM, se não*

vejamos o seguinte excerto da Nota Explicativa CVM nº 247/96, *in verbis*:

**“7 DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL**

*Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações. Até algum tempo atrás, era entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital. Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificouse que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.”*

*Certo que o posicionamento da CVM não teria o condão de alterar a legislação tributária, mas tal entendimento terminou sendo absorvido pela legislação tributária, a qual começou a tratar como ágio a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações e, mais do que isso, a considerar a existência de ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.*

*Valendo-se disso, muitos contribuintes praticaram simulações fiscais conhecidas como “operação casasepara”, a qual permite a alienação de ativos sem o oferecimento à tributação do ganho de capital por parte do alienante e com a criação de ágio amortizável na adquirente. Isso tudo só foi possível devido a mudança de entendimento da CVM sobre ágio na subscrição que a RFB não se posicionou contrariamente. Notese que essa simulação fiscal (casasepara) não geraria o ágio amortizável se continuássemos a tratá-lo como perdas por variação de participação societária.*

*Ora, com a subscrição de ações, a uma assunção de dívida pelo subscritor, sendo que a integralização do capital pode ser feita pela entrega de bens (dação em pagamento) ou pelo simples pagamento em dinheiro. Assim nasceu, ainda dentro do processo de privatização das empresas estatais, um novo pleito que consistia em fazer com que o ágio passasse a ser gerado por mero laudo de avaliação em conferência de ações, ou seja, evitando que o investidor tivesse que desembolsar recursos*

*financeiros na aquisição das estatais. Isso seria possível, por exemplo, se o investidor pudesse integralizar capital na estatal com ações de uma terceira empresa, avaliada acima de seu valor patrimonial. Todavia, se ações dada em pagamento estavam contabilizadas por um valor menor do que aquele que lhe foi conferido, haveria ganho de capital a ser tributado. Como então remover esse obstáculo?*

*Em 1991, em pleno processo de privatização do Governo Collor de Mello (Lei 8.031/90), a douta Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emite o Parecer PGFN nº 970/1991, o qual colocou em dúvida até a possibilidade de se tributar o ganho de capital auferido quando se dá, em integralização, um ativo contabilizado por um valor menor que o valor das cotas/ações integralizadas, se não vejamos:*

*“8. Por outro lado, o imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza, segundo preceitua o art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66). Como o conceito de renda é um conceito econômico e até hoje sem nítidos contornos, temos que o referido imposto incide sobre a percepção de uma renda segundo critério jurídico. Isto significa que só são considerados renda ou proventos os que a lei define como tais, coincidam ou não com o conceito econômico.*

*9. Ora, como demonstramos, os particulares e o Estado participam de uma operação de troca (permuta), pois os participantes do leilão também buscam trocar títulos públicos por participações acionárias das estatais, e, dessa forma, afastar-seia a preocupação dos reflexos na licitação (leilão), pois o objetivo final dele não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos.*

*(...)*

*15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca, creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e a própria base de cálculo.*

*(...)*

*16. É evidente que o momento não seria aquele da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão, existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).*

*17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, não haveria disponibilidade líquida do contribuinte, e, em consequência, naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada; evidentemente não é a hipótese sob exame.”*

*Com a devida vênia da douta PGFN, órgão merecedor das mais elevadas considerações e respeito, tal Parecer era frágil*

*juridicamente, pois não havia como negar o ganho de capital na espécie, tanto que se fez necessária a edição de uma norma para diferir a tributação de tal ganho, se não vejamos o art. 65 da Lei 8.383/91, in verbis:*

*“Art. 65. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.*

*§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.*

*§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.*

*§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação:*

*§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.”.*

*Agora, no ano de 2015, o Ministro de Estado da Fazenda aprovou o Parecer/PGFN/CAT/Nº 1722/2013 que, nas suas conclusões, sustenta que: “39.1. o entendimento consubstanciado no Parecer/PGA/Nº 970/91 restringe-se ao âmbito do PND, não podendo ser estendido a situações outras que não aquelas especificamente tratadas no referido opinativo”. Esta foi apenas uma maneira eufemística de a douta PGFN reconhecer seu erro, pois não seria o PND que transformaria em permuta o que era uma dação em pagamento, nem seria ele (PND) que iria fazer desaparecer o ganho de capital, mas apenas o art. 65 da Lei 8.383/91, o qual, aí sim, limitou seu alcance às operações dentro do PND.*

*Todavia, agora abre-se um parêntese, pois somente mais a frente é que veremos que a tentativa de neutralizar a tributação do ganho de capital, quando da integralização de capital com a dação de bens em pagamento, não findou com o art. 65 da Lei 8.383/91, mesmo porque é de se notar que o art. 65 limitava a dação a títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União.*

*No final de 1994 é publicada a MP 812/94 (posteriormente convertida na Lei 8981/95), a qual altera o regime de compensação de prejuízos fiscais, pois abandona o limite*

*temporal e adota o limite quantitativo. Tal alteração veio se tornar, posteriormente, fundamental para o planejamento com ágio em tela, isso porque o valor amortizável dos ágios era tão elevado, em muitos casos, que dificilmente o contribuinte teria lucro para absorver a despesa em 4 anos (período máximo para compensação de prejuízos no regime anterior), razão pela qual essa alteração permitiu que a despesa de ágio se transformasse em saldo de prejuízos fiscais compensáveis ad perpetuum.*

*No ano de 1995, o art. 21 da Lei 9.249/95 veio amplificar o ágio amortizável (ou a perda de capital na dicção do art. 34 do DL 1598/77), pois, ao contrário do previsto no art. 34 do DL 1598/77, passou a ser possível avaliar a investida a ser incorporada pelo seu valor contábil.*

*Note-se que, pelo art. 34 do DL 1.598/77, já era autorizada a dedutibilidade da diferença entre o valor contábil do investimento e do seu acervo líquido incorporado (avaliado a preço de mercado) como perda de capital dedutível (de uma vez só ou amortizável em 10 anos), logo não foi o art. 7º da Lei 9.532/97 que tornou dedutível o ágio por expectativa de rentabilidade futura.*

*Todavia, a Lei 9.532/97 ainda facilitou mais o processo de privatização, ao dispor no seu art. 8º que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada (estatal privatizada) downstream merger. Isso era fundamental para preservação do direito à compensação do saldo de prejuízos fiscais acumulados pela estatal privatizada, já que o art. 33 do DecretoLei nº 2.341/86 veda à pessoa*

*1 Do ponto vista societário, vale ressaltar que antes mesmo da Lei 9.532/97, a incorporação da investidora pela investida (downstream merger) já tinha sido admitido, ainda que sem legislação que a previsse, pelo Parecer MICT/CONJUR nº 113/96. Tal parecer veio por fim a posicionamento como da Junta Comercial do Rio de Janeiro que indeferia o arquivamento de atos de incorporação reversa por entender que ela não teria sido prevista na Lei 6.404/76 (Lei das S/A) e que sua implementação caracterizaria hipótese de negociação com as próprias ações, vez que implicaria a aquisição destas pela sociedade incorporadora, o que seria vedado pelo disposto no art. 30 da Lei das S/A, salvo exceções taxativamente previstas no § 1º do referido artigo. Por sua vez, o Parecer MICT/Conjur nº 113/96 sustentou que: “Embora não expressamente prevista na lei, é possível a incorporação de sociedade controladora por sua controlada. Não tem aplicação ao caso o disposto no art. 30 da Lei das S.A. (o qual proíbe à companhia negociar com as próprias ações), por se tratar de sucessão universal. As ações ou quotas que a sociedade incorporada possuir do capital da incorporadora, devem ser extintas, podendo, porém, permanecer em tesouraria, até o limite dos lucros acumulados e reserva, exceto o legal, por aplicação analógica do disposto no art. 226, § 1º, da Lei 6.404/76”.*

*jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar prejuízos fiscais da sucedida. Logo, com a incorporação reversa estava garantido também a compensação dos saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL acumulados pela estatal privatizada antes da privatização. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, sem se perder o estoque de prejuízos fiscais da antes controlada e agora incorporadora.*

*Até esse momento a legislação fiscal só permitia que se transferisse para a empresa operacional adquirida o ágio efetivamente pago a terceiros, o que vulgarmente denomino de transferência de ágio externo.*

*Todavia, consulta formulada à Cosit em 2002, por uma importante entidade de âmbito nacional, a qual coube-me o exame, sustentava que, em uma situação em que uma Companhia 1 fosse integralizar capital em uma Companhia 3 com a conferência de ações de uma Companhia 2, poderia resultar em ágio na Companhia 3 e nenhum ganho de capital na Companhia 1.*

*Sustentava o Consultante que, se o preço de emissão das novas ações da Companhia 3, a serem subscritas pela Companhia 1 como resultado da conferência das ações da Companhia 2, fosse fixado levando-se em conta o valor econômico das próprias ações conferidas (ou seja, ações da Companhia 2 avaliadas acima do seu valor patrimonial, ou seja, com ágio), de forma que a cada ação da Companhia 2, conferida ao capital da Companhia 3, corresponda 1 ação da Companhia 3, não havia que se falar em ganho de capital, pois, em seus registros contábeis, a Companhia 1 deveria proceder a uma mera substituição em sua conta de investimentos, substituindo em seus registros a contabilização de ações representativas de um investimento na Companhia 3. Não obstante a redação final da solução de consulta não fosse mais exatamente a, por mim, proposta, prevaleceu a idéia central no item b das conclusões:*

*“b) não se pode depreender da inteligência do art. 434 do RIR/99 que a companhia, pelo simples fato de ter elaborado laudo de avaliação do ativo, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404/76, esteja obrigada a levar a registro em sua contabilidade eventual maisvalia apurada no valor do investimento, desde que o lote de ações da Companhia 2, que se afirma ter o mesmo valor das ações a serem integralizadas da Companhia 3, seja incorporado ao patrimônio da Companhia 3 pelo valor contábil registrado na escrita da Companhia 1;”*

*Ao se exigir que, in casu, as ações da Companhia 2 fossem registradas, na Companhia 3, pelo valor contábil registrado na Companhia 1 e que tal valor fosse exatamente o mesmo valor de emissão das ações da Companhia 3, indiretamente, estava sendo*

*dito que não poderia existir ágio na aquisição das ações da Companhia 2 pela Companhia 3, sem que houvesse um ganho de capital tributável na Companhia 1.*

*Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66 teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.*

*Em 2005, coube-me redigir proposta da RFB de revogação do art. 36 da Lei 10.637/02, proposição essa que foi inserida na MP 255/05 e que previa não só fim do diferimento da tributação de tal ganho de capital, como também uma tributação mínima anual (caso não houvesse a realização do investimento) do ganho já diferido e controlado na Parte B do Lalur. O Congresso Nacional achou por bem apenas revogar o art. 36, sem disciplinar como se daria a tributação dos ganhos de capital que já tinham sido diferidos. Tal fato veio reforçar a ideia de que tudo aquilo tinha sido feito para o processo de privatização, razão pela qual, findo o processo, poderia ser revogada a norma, mas não tributar o passado (ganhos de capital diferidos controlados no Lalur)*

*Ora, realmente entendo toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal<sup>2</sup>, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foise a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor, nem muito menos interpretado como fraude à lei.*

*Ademais, no caso concreto, cabe perquirir, qual a norma legal que proibiria o aproveitamento do ágio na recorrente se a participação nela tivesse sido adquirida diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237 e, posteriormente, essas tivessem sido incorporadas por ela? Nenhuma norma tributária seria violada se a operação tivesse se dado da forma como os autuantes entendiam ser a forma direta. Vejam que se a*

*aquisição tivesse se dado diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não vedariam o aproveitamento do ágio na recorrente caso ela incorporasse essas empresas. Assim, repito a pergunta: qual norma tributária foi fraudada? Nenhuma.*

### **DA SIMULAÇÃO**

*Por sua vez, os autuantes alegam que:*

*“173. A par de todo o ocorrido, tampouco as participações detidas pelos reais investidores — Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 na Santos Brasil saíam das mãos e foram para terceiros. No curto lapso temporal de existência formal das interpostas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, os reais investidores permaneceram tendo o efetivo controle econômico e administrativo da Santos Brasil, vez que conforme os Acordos de Acionistas, elegiam seus conselheiros e administradores e consequentemente*

*2 Certamente, que o destinatário de todas essas alterações normativas foram os licitantes dos pregões de empresas estatais, mas, em uma República, a norma beneficia a todos se o legislador não a exceção.*

*representavam-na perante terceiros (fornecedores, bancos, órgãos públicos, etc).”*

*Esse parágrafo como também outros do TVF, especialmente o parágrafo 176, deixa claro que os autuantes também sustentaram que houve simulação relativa na conduta dos controladores, ou seja, que simularam a aquisição da participação na recorrente por intermédio da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, para dissimular a aquisição direta por elas (Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237). Analisemos essa questão.*

*Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", notase perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelos autuantes ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.*

*Sobre a diferença entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, vale a transcrição do seguinte excerto da lavra do exMinistro Moreira Alves, em parecer apresentado em outro processo que tramitou neste CARF, in verbis:*

*"Assim sendo, tem razão a imensa maioria da doutrina quando acentua, como o faz Domingues de Andrade, que o negócio jurídico sempre se distinguirá da simulação*

*(relativa), uma vez que as partes querem verdadeiramente o negócio-meio, com os efeitos que lhes são próprios, embora só para conseguirem através dele um resultado prático diverso do que lhe é normal, ou, como, em substancial monografia sobre a simulação nos negócios jurídicos, refere Distaso, aderindo à posição de Pugliese no sentido de que a decisiva diferença entre negócio indireto e o negócio relativamente simulado é que 'o negócio indireto é um negócio real, empregado efetivamente pelas partes como meio para alcançar o escopo ulterior, que não se realiza na verdade através de um negócio diverso daquele que aparece celebrado, enquanto, no caso de simulação relativa, o negócio simulado não é senão uma forma negocial aparente diversa da forma negocial que assume a intenção realmente perseguida pelas partes'.*

*(...)*

*Em suma, como enfatiza Domenico Barbero, quanto ao negócio jurídico indireto, e a observação se aplica como luva ao caso sob exame, 'não há simulação, porque nada é fingido, tudo é real e realmente querido', inclusive acrescento as consequências jurídicas de cada um dos negócios que integraram essa combinação de negócios com escopo indireto ora sob consulta.*

*4. No tocante ao segundo quesito - 'Não sendo simulação, a negociação feita através dos atos descritos na consulta é válida perante o direito privado?' , respondo que, não tendo havido simulação no caso, como salientei na resposta ao quesito anterior, é válida perante o direito privado, a negociação que foi feita por meio da combinação dos negócios com escopo indireto objeto da presente consulta.*

*Não existindo simulação, não há também, na espécie sob exame, a ilicitude que resulta da figura da fraude à lei, mas se impõem que se faça a análise a respeito dela, porquanto, como observa Domenico Rubino, o negócio indireto se presta perfeitamente a tornase instrumento da fraude: quando o seu resultado ulterior é proibido, tem-se um negócio in fraudem legis."*

*Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, seja agora ato ilícito.*

*Ademais, três são os requisitos da simulação relativa no campo cível: primeiro, a divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada; segundo, um acordo simulatório; e terceiro, o negócio simulado ter por objetivo enganar terceiros estranhos a ele. Ocorre, que a simulação fiscal, assim entendida aquela que tem efeitos no campo tributário, requer um quarto elemento, qual seja, que o ato dissimulado seja tributariamente mais oneroso do que o ato simulado, pois, se assim não for, pode*

*até ser simulação, mas não terá qualquer efeito nas relações tributárias.*

*Ora, no presente caso, conforme tudo que já foi sustentado, fica claro que a aquisição direta pelas Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 poderia gerar o aproveitamento do ágio, desde que houvesse a incorporação dessas pessoas jurídicas pela recorrente, logo, o dito ato dissimulado não seria mais oneroso que o ato simulado.*

### **DO ABUSO DE DIREITO**

*Ora, verificado acima que os atos praticados não se enquadram no conceito de fraude à lei ou simulação, verifiquemos se seria cabível enquadrá-los como abuso de direito.*

*Preliminarmente, vale a transcrição do seguinte excerto do TVF:*

*179. Após o Código Civil de 2002, como o abuso de direito **passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito**, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.*

*A natureza jurídica do abuso de direito não é tão tranquila como o autuante faz crer, pois a doutrina pátria tem se dividido em duas correntes, uma que sustenta que o abuso de direito é uma categoria autônoma e outra que entende que é apenas uma modalidade de ato ilícito. Nesse sentido, Venosa (in Direito Civil, ed. Atlas, 4ª ed., p. 621) professa que:*

*“A doutrina tem certa dificuldade em situar o abuso de direito em uma categoria jurídica.*

*Primeiramente, a teoria ora tratada foi colocada em capítulo ‘Da responsabilidade civil’, como **simples expansão da noção de culpa. Também foi o abuso do direito situado como categoria autônoma, uma responsabilidade especial, paralela ao ato ilícito.**”*

*Sobre isso também, vale trazer a lume artigo da lavra de Dinalva Souza de Oliveira (na sítio: [ambitojuridico.com.br](http://ambitojuridico.com.br)) que bem resume diversos posicionamentos da doutrina nacional:*

*“A questão que se coloca é saber se em razão de se adotar uma ou outra corrente, no que se refere à natureza jurídica do abuso de direito, há alteração nas consequências jurídicas daí decorrentes.*

*Entre os defensores do entendimento que o abuso de direito se trata de categoria autônoma, citase (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 256), para os quais o abuso de direito*

*“É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). **Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível***

***objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo”.***

Na mesma linha, Heloisa Carpena (2002) apud Farias e Rosenvald (2012, p. 682) afirma que “o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, **porém, não pode ser considerado como um ato ilícito, devendo ser classificada como uma forma autônoma de antijuridicidade.**”

Registra-se ainda que segundo escólio de FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 683:

***“O legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.”***

Em sentido contrário, Paulo Nader entende que o abuso de direito

***“É espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. É equivocado pretender-se situar o abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no iuspositum e nos pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desdobra-se no âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito”*** (NADER, 2004, p. 553)

Pode-se afirmar que ainda há uma **terceira via**, capitaneada por **Flávio Tartuce (2004)** apud VillasBóas (2013) o qual visualiza no abuso de direito a natureza jurídica mista, híbrida. Portanto, **“o abuso de direito seria um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo”**

Conforme cabalmente demonstrado, de forma majoritária, doutrina e jurisprudência seguem o entendimento de que para a configuração do ato abuso de direito, **é dispensável o elemento culpa.”.**

Ora, a depender do posicionamento doutrinário que se adote fica afastada a teoria do abuso do direito no campo tributário, pois, se, como sustenta Flávio Tartuce, **é um ato ilícito pelas consequências**, teríamos então uma dificuldade na sua aplicação no campo tributário, já que pelo inciso II do art. 118 do CTN, os efeitos legais dos fatos efetivamente ocorridos são irrelevantes para a definição do fato gerador.

*Não obstante, antes mesmo da entrada em vigor do art. 187 da Lei 10.406/02, já se discutia o abuso de direito no campo tributário, quando da discussão da inserção do parágrafo único no art. 116 do CTN, pela Lei Complementar 104/01. Sobre isso, importante a transcrição do seguinte trecho de artigo publicado por Vitório Cassone (no site: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/892382](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892382)), in verbis:*

*A “justificação” do anteprojeto que resultou na LC 104 (Ofício SRF/GAB nº1.594/99, de 08.09.1999), é versada nos seguintes termos:*

**“5. A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário adotados com abuso de forma ou de direito.”**

*Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe:*

*Art. 116. Omissis.*

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.***

*Ora, se este era o instrumento de que podia se valer o Fisco para desconsiderar os atos de abuso de direito praticados pelos controladores das ditas “empresas veículos”, comprometida estará a autuação, por ser inaplicável tal parágrafo único enquanto não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para tal desconsideração dos atos abusivos.*

*Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional. Ora, à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.*

*Observe-se que é totalmente justificável a preocupação do legislador complementar ao exigir que a lei ordinária disciplinasse os procedimentos para que o Fisco pudesse desconsiderar atos abusivos, tendo em vista que, ao contrário do abuso de direito no campo cível que ocorre em uma relação de coordenação entre particulares; no campo tributário, há sempre uma relação de subordinação, na qual em razão do interesse público é conferida uma superioridade ao Estado Fiscal sobre o particular. Por isso, é necessário que se estabeleça procedimentos, para garantir o mais amplo direito de defesa ao contribuinte, em razão do enorme poder que foi conferido ao Estado Fiscal por uma norma de caráter excessivamente aberto.*

*Ademais, há que se ter em conta que a teoria do abuso de direito foi concebida dentro do direito privado, razão pela qual guarda certas incompatibilidades com o Direito Público, como observa Alberto Xavier (in *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*, Ed. Dialética, p.107):*

*“A transposição da doutrina civilista do abuso de direito para o Direito Público, em especial para o Direito Tributário, merece severas objeções.*

*A primeira é a de que ela conduz a um grau de subjetivismo na aplicação da lei tributária incompatível com a segurança jurídica, nas suas vertentes de proteção da confiança da lei fiscal e de previsibilidade da ação estatal, pois comete a órgãos do Poder Executivo, que têm a primeira palavra na aplicação das normas tributárias aos casos concretos, a perquirição dos motivos da conduta negocial dos particulares, bem como a definição autoritária dos parâmetros da ‘adequação’, da ‘normalidade’ e da ‘razoabilidade’ dos modelos negociais por eles adotados.*

*Tal subjetivismo – ainda que nas mãos do mais competente, correto e leal funcionário – gelará de justo temor todos os que realizam negócios menos tributados que outros. Será que a opção adotada foi elisiva? Como pensará o agente fiscal a respeito da adequação, usualidade ou razoabilidade da forma jurídica escolhida? Como avaliará tal agente o grau de preponderância, exclusividade ou concorrência dos motivos que conduziram à escolha?*

*A segunda observação é de que a doutrina do abuso de direito é cientificamente equivocada, pois transplanta para as relações de Direito Público entre o indivíduo e estado conceitos exclusivamente aplicáveis às relações entre particulares.*

*A doutrina do abuso de direito pressupõe direitos e relações paritárias, situadas horizontalmente no mesmo plano, e tem por objeto vedar que o exercício de um direito subjetivo por um particular atinja, por colisão, o direito subjetivo de outro.*

*Sucedem, porém, que as relações entre indivíduo e Estado não são relações paritárias, situadas horizontalmente no*

*mesmo plano, nem o Estado é titular de direitos subjetivos suscetíveis de serem lesados pelo exercício de direitos dos particulares. As relações entre indivíduo e estado são relações entre “administrados” e titulares de poderes de autoridade, sendo por conseguinte relações, não entre direitos subjetivos, mas entre liberdades e competências ou poderes funcionais.*

*(...)*

*A única explicação histórica para o ingresso, no território fiscal, daquela doutrina só pode encontrarse no espúrio conceito germânico de “abuso de formas” (Missbrauch von Formen) concebido por ideólogo nacionalsocialista como instrumento de cerceamento da liberdade individual, conceito esse que ademais nada tem a ver com o conceito civilístico de abuso de direito, raiz francesa, mas sim com as variações que a autonomia da vontade pode imprimir aos modelos ou tipos clássicos de negócio jurídico.”.*

*Isso, por si só, já afastaria a imputação de abuso de direito com base unicamente no art. 187 do Código Civil em matéria tributária, mas vale a pena prosseguirmos para verificar se, ultrapassada essa questão, os atos praticados poderiam ser enquadráveis como abusivos.*

*Para a aplicação do art. 187 do Código Civil, teríamos que primeiro indagar, in casu, qual o direito que foi abusado? Segundo, quais seriam os limites econômicos ou sociais a serem observados? A resposta dos autuantes a tais perguntas encontramse nos seguintes parágrafos do TVF:*

*“125. Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos. Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.*

*126. Procurouse a seguir determinar a causa da operação realizada pela Santos Brasil como meio de alcançar o equilíbrio entre finalidade e funcionalidade, entre substância e forma negocial, para se interpretar o negócio jurídico.*

*127. Não basta a vontade dos acionistas da Santos Brasil e das empresas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, de se submeterem a disciplina atinente ao ato formalizado. Deve estar presente a vontade evidenciada ao realizá-lo. Nesse sentido, o próprio Código Civil prevê que “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem” (art. 112).*

*128. Está-se questionando a criação das empresas veículos interpostas Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, a aquisição com ágio de 64,76% das ações da empresa operacional Santos Brasil pelas empresas*

*interpostas, e a incorporação das mesmas pela empresa operacional apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o **fim prático a que o negócio se destinava: a redução do pagamento de tributos** através da dedução de encargos de amortização de um ágio proveniente de um investimento que não foi extinto.*

*129. A apreciação dos documentos apresentados pelo contribuinte **permitiu constatar a ausência de propósito negocial**, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada.”*

*Fica claro do texto acima que os autuantes se valeram da doutrina de Marco Aurélio Greco, autor que é citado em duas passagens do TVF e que também foi objeto do voto condutor da decisão recorrida.*

*Antes de verificarmos como Greco define abuso de direito no campo tributário, vale transcrever a opinião desse doutrinador sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN, revelada em palestra proferida na Escola Fazendária (transcrita na íntegra nos Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ano 2002), in verbis:*

*“A meu ver, essa é uma norma de eficácia limitada. O que significa? Ela só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.”*

*Nesse ponto, não divirjo do ilustre doutrinador. Todavia, retornando ao conceito de abuso de direito no campo tributário, vejam que o pensamento de Greco coincide com os fundamentos do TVF, pois segundo sua doutrina (in Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária, ed. Dialética, p. 131, 1998):*

*“1.10. Ato com Finalidade exclusivamente Fiscal*

***No Brasil, entendo que esta possibilidade encontra base no ordenamento positivo, independentemente de novas determinações legais específicas neste sentido além das atualmente existentes, por decorrer dos princípios consagrados da Constituição de 1988 e da natureza da figura, tal como disciplinada no âmbito do Direito Privado. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios jurídicos privados somente poderá ocorrer se ele puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.”.***

*Assim sendo, o direito abusado é o direito de autoorganização da pessoa jurídica e do grupo econômico a que pertence, sendo que, no presente caso, o abuso teria se configurado porque os autuantes entenderam que a criação da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia teve como única finalidade a redução de tributos. Ora, este é um equívoco da autuação, se não vejamos o que se segue.*

*É incontestável que o ágio foi pago para terceiras pessoas que não faziam parte dos grupos econômicos a que pertenciam os adquirentes das participações negociadas. Assim, o ágio existiu e os próprios autuantes não negam tanto que afirmam o seguinte no TVF:*

*“65. O problema é que, ao lado do conveniente desconhecimento dos motivos que levaram a utilização das empresas recém-criadas e incorporadas, houve também o interesse em se beneficiar tributariamente, melhorando as condições financeiras da aquisição feita. Para isso foram criadas as Vitex, Bilimbi, Strelícia, Hermosa e Howland. Para forjar um pretenso enquadramento nas condições do art. 386 do RIR/99. Assim, o Grupo de Investidores da Santos Brasil pretendeu atender o seu interesse empresarial e obter, por meio de organização societária sem propósito negocial (interposição de empresas veículos), vantagem tributária (amortização do ágio). **Se a aquisição das participações societárias da Santos Brasil tivessem sido efetuada diretamente pelo Grupo de Investidores, e neles permanecessem, somente seria atendido um dos interesses: O de ficar com os investimentos pelos preços adquiridos e sem a possibilidade de amortização fiscal do ágio.**”*

*Ora, se a OPP Fund, Multi STS, RK e PW237 tivessem adquirido diretamente a participação na recorrente, o que impediria a recorrente de incorporar as controladoras e passar a aproveitar o ágio? Não havia obstáculo no campo tributário. Logicamente, devia haver uma razão extratributária, possivelmente, de natureza empresarial, ou seja, seria difícil a recorrente – empresa operacional – incorporar holdings (OPP Fund, Multi STS, RK e PW237) controladas por três grupos diferentes. Agora, repito, não havia obstáculos de ordem tributária para que a recorrente aproveitasse o ágio após incorporar a OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, caso a operação se desse da forma como os autuantes entendem que tenha ocorrido.*

*Ora, se a operação não se deu da forma direta foi por razões extratributárias, logo, não há falar que houve abuso de direito nos atos praticados por OPP Fund, Multi STS, RK e PW237.*

*Assim, concluo que o fundamento central da autuação – que Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia eram “empresas veículos” demonstrouse frágil para justificar a desconsideração dos atos por elas praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos, pois, pelo menos, os autuantes não lograram demonstrar isso.*

*Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar os lançamentos do IRPJ e CSLL, inclusive da multa isolada, e, consequentemente, por considerar prejudicado o recurso de ofício.*

*Alberto Pinto Souza Junior Relator”*

Por iguais razões, **vota-se por NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da Fazenda Nacional, entendendo-se pelo retorno dos autos à instância *a quo* caso vencida, para julgamento das questões não apreciadas: (i) decadência, relativamente à aplicação do artigo 150, parágrafo 4o., do CTN, considerando-se a "antecipação de pagamentos" e afastamento da multa qualificada; (ii) inexistência de norma que determine a adição das parcelas de ágio amortizadas da base da CSLL, (iii) multa isolada pelo não recolhimento de estimativas - encerramento do ano calendário e concomitância, (iv) compensação de prejuízos fiscais e bases negativas; (v) incorreta recomposição dos saldos de prejuízo e base negativa pela fiscalização; (vi) juros sobre multa e, adiciona-se, (vii) a solidariedade, diante do acórdão n. 1302-002.095 (E-fls. 4.165 ss.) que acolheu os embargos declaratórios, sem efeitos modificativos, para retificar lapso manifesto caracterizado pela omissão do acórdão anterior que silenciou quanto ao Recurso Voluntário apresentado pelo responsável solidário, de forma que concluiu, no acórdão integrativo, que o julgamento do recurso voluntário do responsável solidário restava prejudicado, já que foi dado provimento integral ao recurso voluntário do contribuinte.

Ressalta-se, por fim, que entendo indevido o retorno dos autos para apreciação da multa qualificada, uma vez que o dispositivo do acórdão recorrido diz que foi negado provimento ao recurso de ofício, sem embargos declaratórios da Fazenda Nacional para indicar que a prejudicialidade prevaleceria, que também não recorreu quanto ao tema.

É o que se reproduz do voto da Relatora original.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

## Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator designado

Abordo neste voto os pontos a respeito dos quais divirjo dos entendimentos expostos pela i. Conselheira Relatora, com a devida vênia.

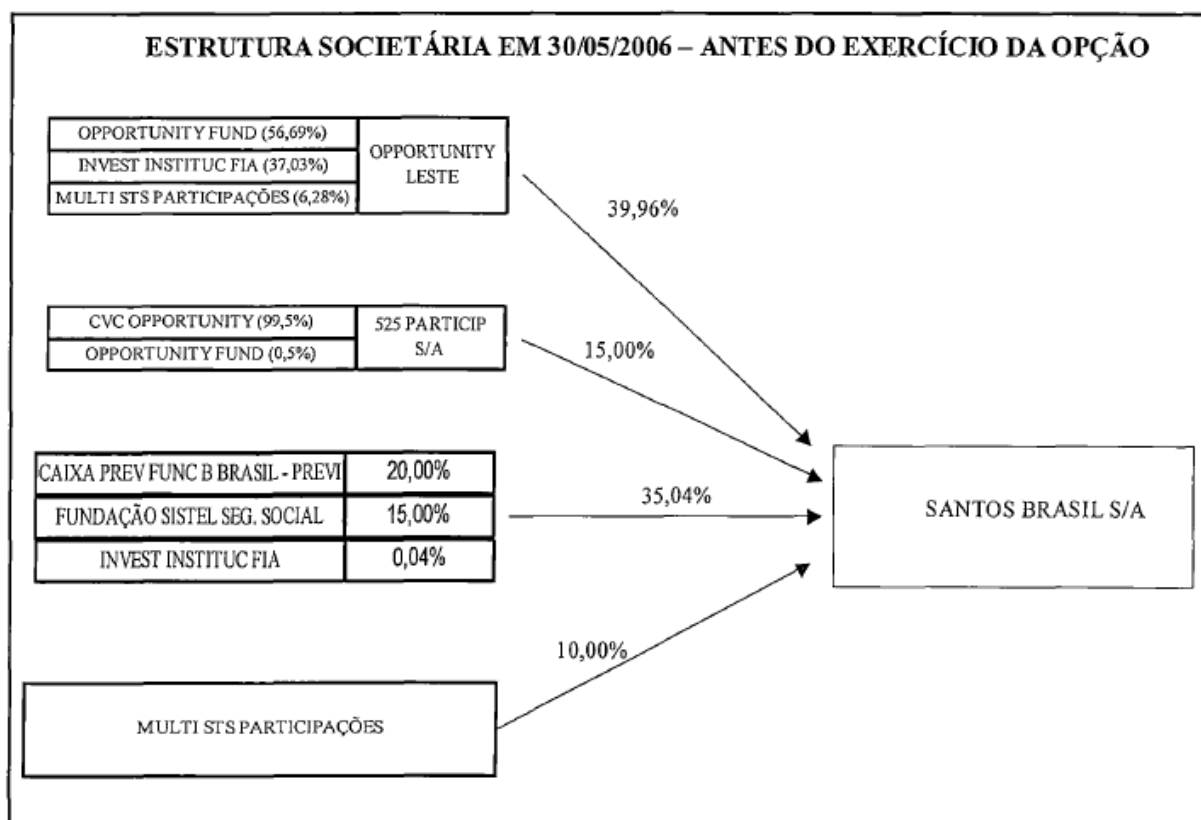
A nobre Relatora restou vencida quanto: (i) ao não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional; e (ii) à negativa de provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, no que diz respeito à única matéria ali contestada, relacionada à possibilidade de a confusão patrimonial exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 envolver empresas veículos.

Antes de iniciar a análise de tais pontos, julgo necessário revisitar as operações societárias que provocaram o surgimento do ágio objeto de debate nos presentes autos, assim como aquelas que posteriormente possibilitaram seu ingresso na contabilidade da contribuinte, então denominada SANTOS BRASIL S.A. (doravante mencionada apenas como "SANTOS BRASIL"). Como se sabe, a partir da reunião, em uma mesma pessoa jurídica, do ágio e do investimento que lhe deu causa, a contribuinte entendeu que estariam satisfeitas as condições legalmente exigidas para a dedutibilidade das despesas de amortização daquele ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999).

No início do ano de 2006, a contribuinte tinha suas ações distribuídas entre as seguintes pessoas jurídicas:

- OPPORTUNITY LESTE S.A. ("OPP LESTE") - 39,96%;
- 525 PARTICIPAÇÕES S.A. ("525 PARTICIPAÇÕES") - 15,00%;
- CAIXA DA PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI ("PREVI") - 20,00%;
- FUNDAÇÃO SISTEL DE SEGURIDADE SOCIAL ("SISTEL") - 15,00%;
- INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES ("FIA") - 0,04%;
- MULTI STS PARTICIPAÇÕES S.A. ("MULTI STS") - 10,00%.

Para ilustrar como então se dividia o controle societário da contribuinte, apresenta-se o seguinte organograma, retirado do Termo de Verificação Fiscal elaborado pela autoridade tributária:



Em 17/02/2006, a PREVI, a SISTEL, a FIA e a CITIGROUP VENTURE CAPITAL INTERNATIONAL BRAZIL L.P. ("FUNDO CVC") assinaram um "Contrato de Opção de Compra" por meio do qual outorgaram à MULTI STS e suas afiliadas e ao OPPORTUNITY FUND ("OPP FUND") e suas afiliadas a aquisição direta e indireta das participações até então detidas pelas outorgantes no capital da contribuinte.

O FUNDO CVC detinha 99,5% de participação societária na 525 PARTICIPAÇÕES, o que lhe garantia o controle indireto sobre 14,93% das ações da contribuinte. Já a FIA, além dos 0,04% de controle direto sobre a contribuinte, possuía também 37,03% de participação societária na OPP LESTE, o que lhe garantia 14,80% de participação indireta no controle da contribuinte. Somando-se as participações diretas e indiretas que as outorgantes possuíam, chega-se a um total de 64,76% das ações da SANTOS BRASIL.

Registre-se ainda que as outorgadas já figuravam entre as controladoras da contribuinte: o OPP FUND tinha 56,69% das ações da OPP LESTE (participação indireta na SANTOS BRASIL de 22,65%) e a MULTI STS possuía, além de 10,00% das ações da contribuinte, participação de 6,28% no capital da OPP LESTE, o que lhe garantia uma participação total de 12,51% nas ações da contribuinte, entre controles direto e indireto.

Em 18/05/2006, as empresas VITEX PARTICIPAÇÕES S.A. ("VITEX"), HERMOSA PARTICIPAÇÕES S.A. ("HERMOSA"), BILIMBI PARTICIPAÇÕES S.A. ("BILIMBI"), HOWLAND PARTICIPAÇÕES S.A. ("HOWLAND") e STRELICIA PARTICIPAÇÕES S.A. ("STRELICIA") aderem ao "Contrato de Opção de Compra" na qualidade de cessionárias, sendo-lhes cedida a opção de compra, a título não oneroso, pelas outorgadas originais MULTI STS e OPP FUND.

As cinco empresas que figuraram como cessionárias no contrato citado e que viriam, alguns dias depois, a adquirir ações da contribuinte SANTOS BRASIL, com ágio,

encontram-se no centro da discussão jurídica travada nos presentes autos. A Fiscalização considerou que elas foram utilizadas como "empresas veículos" nas operações societárias esquadrihadas e que, conseqüentemente, não poderiam participar da "confusão patrimonial" exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 para fins de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio. Já a contribuinte defende que as cinco pessoas jurídicas foram as reais adquirentes, com sobrepreço, de parte de suas ações e que não se configurou nenhum vício que impedisse o posterior aproveitamento tributário do ágio envolvido.

Diante disso, julgo didática a análise da origem de cada uma destas empresas e de como elas participaram do processo de compra e venda de 64,76% das ações da contribuinte SANTOS BRASIL.

#### A) VITEX

A sociedade anônima de capital fechado VITEX foi constituída em 19/01/2006 pelos acionistas Eduardo Duarte e Simone Burck Silva (os mesmos sócios originários das empresas STRELICIA, BILIMBI e HOWLAND, analisadas na sequência). Tinha capital subscrito de apenas R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados.

Em 16/02/2006, a empresa passou a ter como acionistas a MULTI STS (99,99%) e Richard Klien (0,01%). Em 02/05/2006, a MULTI STS cedeu sua participação acionária para a RK PARTICIPAÇÕES S.A. ("RK PARTICIPAÇÕES"), empresa constituída em 10/04/2006 que tinha como único acionista o próprio Richard Klien.

Em 22/05/2006, a RK PARTICIPAÇÕES promoveu aumento de capital da VITEX no valor de R\$ 21.827.733,00, integralizado mediante a entrega de 13.811 debêntures de emissão da SANTOS BRASIL.

Já em 30/05/2006, a VITEX obteve a liberação de empréstimo líquido de R\$ 163.652.256,54 junto ao BANCO CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A. ("CREDIT SUISSE"). Para atingir tal objetivo, a empresa emitiu Cédulas de Créditos Bancários (CCB's) garantidas pela própria contribuinte SANTOS BRASIL e por outras empresas pertencentes aos grupos econômicos FINK (MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e HERMOSA), OPPORTUNITY (OPP FUND, OPP LESTE e CITRINO PARTICIPAÇÕES S.A.) e DÓRIO (PW 237 PARTICIPAÇÕES S.A., 525 PARTICIPAÇÕES e STRELICIA).

Ainda em 30/05/2006, a VITEX adquiriu 39.277.980 ações ordinárias escriturais da SANTOS BRASIL junto à PREVI (pagando R\$ 125.140.528,46 em moeda e R\$ 12.480.724,48 em debêntures emitidas pela própria SANTOS BRASIL) e 12.766.306 ações ordinárias escriturais da contribuinte junto à SISTEL (pagando R\$ 35.369.736,23 em moeda e R\$ 9.360.543,36 em debêntures da SANTOS BRASIL). As ações adquiridas representavam respectivamente 20% e 6,5% da participação societária total da contribuinte.

Como o valor pago (R\$ 182.351.532,53) superava o valor patrimonial das ações alienadas, houve registro de ágio de R\$ 129.266.316,63. O sobrepreço verificado foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento realizado na SANTOS BRASIL.

#### B) HERMOSA

A sociedade anônima de capital fechado HERMOSA foi constituída em 04/04/2006 pelos acionistas Marcus Vinícius Gomes Bitencourt e Ronaldo Marcelo dos Santos. Tinha capital subscrito de apenas R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados.

Em 03/05/2006, houve alteração dos acionistas, que passaram a ser Richard Klien (98%), Renata Klien (1%) e Edith Klien (1%). Em 22/05/2006, estes acionistas cederam praticamente todas as ações para a RK PARTICIPAÇÕES, empresa constituída em 10/04/2006 que tinha como único acionista o próprio Richard Klien. A única ação que não foi cedida permaneceu com o sócio Richard Klien.

Em 22/05/2006, a RK PARTICIPAÇÕES promoveu aumento de capital da HERMOSA no valor de R\$ 9.308.909,00, integralizado mediante a entrega de 5.890 debêntures de emissão da SANTOS BRASIL. Já em 30/05/2006, houve integralização de novo aumento de capital de R\$ 40.000,00, desta vez por meio de depósito em conta bancária.

Ainda em 30/05/2006, a HERMOSA pagou R\$ 9.314.677,16 ao FUNDO CVC em troca da aquisição de 6,31% de participação societária na 525 PARTICIPAÇÕES, o que representava 0,95% de participação indireta na SANTOS BRASIL. Tal operação implicou no registro de ágio no valor de R\$ 7.416.076,56, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da SANTOS BRASIL.

### C) HOWLAND

A sociedade anônima de capital fechado HOWLAND foi constituída em 30/01/2006 pelos acionistas Eduardo Duarte e Simone Burck Silva (os mesmos sócios originários das empresas VITEX, STRELICIA e BILIMBI). Tinha capital subscrito de apenas R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados.

Em 09/05/2006, houve troca de acionistas, com a entrada da TERMINAIS INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES ("TERMINAIS INVESTIMENTOS"), com 99,99% de participação, e de Dório Ferman, com os 0,01% restantes. Já em 18/05/2006, a TERMINAIS INVESTIMENTOS transferiu sua participação acionária à PW 237 PARTICIPAÇÕES S.A. ("PW 237"), empresa que tinha como acionista majoritário, com 99,97% de participação, o próprio Dório Ferman.

Em 29/05/2006, a PW 237 promoveu aumento de capital da HOWLAND no valor de R\$ 5.500.000,00, integralizado por meio de transferência bancária. A Fiscalização constatou que o montante foi conseguido pela PW 237 a partir de empréstimo conseguido junto à OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC., controladora da OPP FUND, empresa que já detinha participação indireta na contribuinte SANTOS BRASIL.

Já em 30/05/2006, a HOWLAND obteve a liberação de empréstimo líquido de R\$ 39.665.793,10 junto ao CREDIT SUISSE. O empréstimo baseou-se em CCB's emitidas pela HOWLAND e garantidas pela contribuinte SANTOS BRASIL e por outras empresas pertencentes aos grupos econômicos FINK (MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e HERMOSA), OPPORTUNITY (OPP FUND, OPP LESTE e CITRINO PARTICIPAÇÕES S.A.) e DÓRIO (PW 237 PARTICIPAÇÕES S.A., 525 PARTICIPAÇÕES e STRELICIA).

Nesta mesma data, a HOWLAND pagou R\$ 44.403.461,36 à SISTEL pela aquisição de 12.673.030 ações ordinárias da SANTOS BRASIL (6,45% da participação societária). Como o valor pago ultrapassava o valor patrimonial das ações compradas, a adquirente registrou ágio de R\$ 31.476.656,00, cujo fundamento era a expectativa de rentabilidade futura da SANTOS BRASIL.

### D) STRELICIA

A sociedade anônima de capital fechado STRELICIA foi constituída em 20/06/2005 pelos acionistas Eduardo Duarte e Simone Burck Silva (os mesmos sócios

originários das empresas VITEX, HOWLAND e BILIMBI). Tinha capital subscrito de apenas R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados.

Em 09/05/2006, houve alteração no quadro societário, com a entrada da TERMINAIS INVESTIMENTOS (99,99%) e de Dório Ferman (0,01%) no lugar dos antigos acionistas. Já em 18/05/2006, a TERMINAIS INVESTIMENTOS transferiu sua participação acionária à PW 237, empresa controlada pelo próprio Dório Ferman com 99,97% de participação.

No dia 29/05/2006, a PW 237 integralizou aumento de capital da STRELICIA no valor de R\$ 51.500.000,00, por meio de transferência bancária. No dia seguinte, houve nova integralização, também por transferência bancária, de R\$ 46.892.655,00. A Fiscalização constatou que os valores utilizados pela PW 237 foram obtidos por meio de empréstimo conseguido junto à OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC., controladora da OPP FUND, empresa que já detinha participação indireta na contribuinte SANTOS BRASIL.

Em 30/05/2006, a STRELICIA transferiu R\$ 87.957.994,39 para o FUNDO CVC em contrapartida à aquisição de 93,19% de participação societária na 525 PARTICIPAÇÕES, o que representava 13,97% de participação indireta na SANTOS BRASIL. O sobrepreço praticado, baseado na expectativa de rentabilidade futura do investimento feito na SANTOS BRASIL, provocou o registro de ágio no valor de R\$ 70.314.375,11.

#### E) BILIMBI

A sociedade anônima de capital fechado BILIMBI foi constituída em 19/01/2006 pelos acionistas Eduardo Duarte e Simone Burck Silva (os mesmos sócios originários das empresas VITEX, HOWLAND e STRELICIA). Tinha capital subscrito de apenas R\$ 1.000,00, com R\$ 100,00 integralizados.

Em 16/02/2006, ocorreu troca dos acionistas, passando a figurar no quadro societário a CITRINO PARTICIPAÇÕES S.A. ("CITRINO"), com 99,99% de participação societária, e Verônica Dantas, com os 0,01% restantes. A CITRINO tinha como controladora a OPP FUND, que detinha 99,98% de suas ações.

Em 24/02/2006, a CITRINO integralizou aumento de capital aprovado pela BILIMBI, no valor de R\$ 585.000,00. O valor integralizado pela CITRINO na BILIMBI é oriundo de aumento de seu próprio capital social, integralizado pela sua controladora OPP FUND.

Do valor que recebeu como aumento de capital, a BILIMBI adiantou R\$ 489.109,59 à FIA e R\$ 86.249,96 à SISTEL, em virtude da aquisição de participações societárias que se concretizaria na sequência.

Em 30/05/2006, a BILIMBI obteve a liberação de empréstimo líquido de R\$ 118.397.291,34 junto ao CREDIT SUISSE. A exemplo do que aconteceu com a VITEX e com a HOWLAND, o empréstimo foi concedido à BILIMBI por conta de CCB's de sua emissão garantidas pela contribuinte SANTOS BRASIL e por outras empresas pertencentes aos grupos econômicos FINK (MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e HERMOSA), OPPORTUNITY (OPP FUND, OPP LESTE e CITRINO PARTICIPAÇÕES S.A.) e DÓRIO (PW 237 PARTICIPAÇÕES S.A., 525 PARTICIPAÇÕES e STRELICIA).

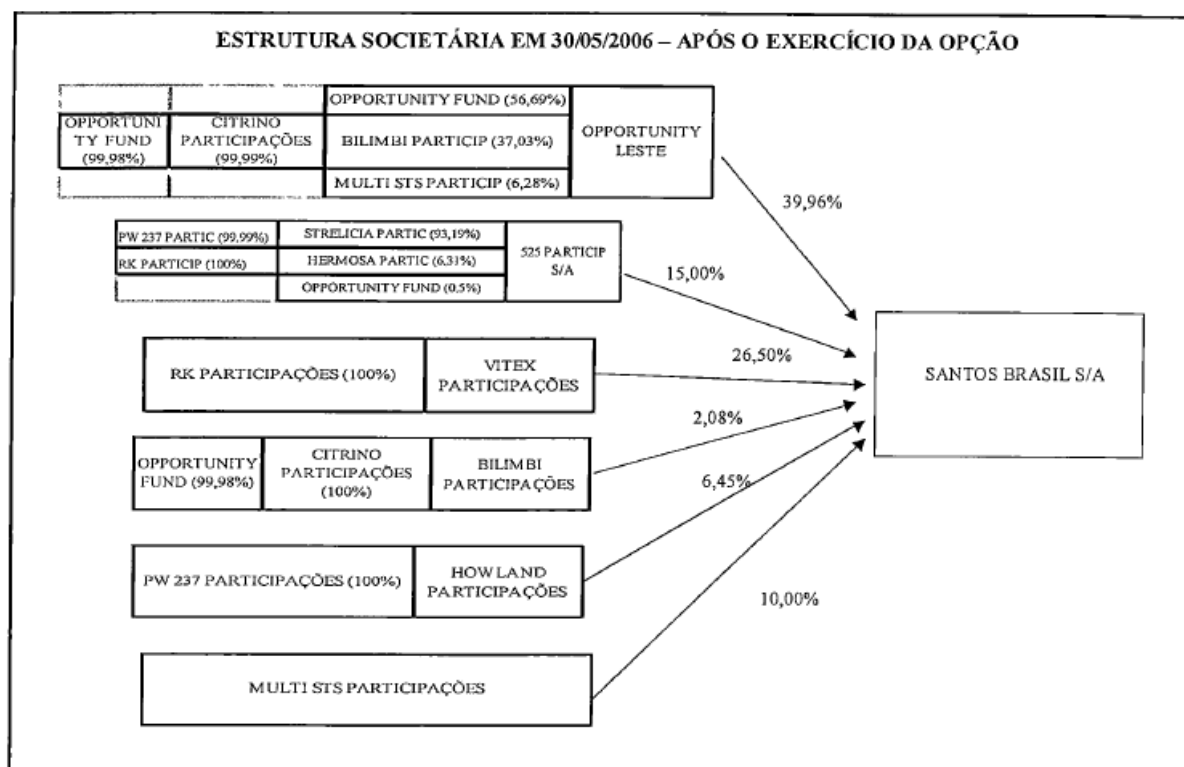
Ainda em 30/05/2006, a BILIMBI adquiriu junto à FIA 0,04% de participação direta e 14,80% de participação indireta na SANTOS BRASIL (esta última representada por 37,03% da participação societária adquirida na OPP LESTE), por meio do

pagamento de R\$ 102.101.778,01. Adquiriu ainda, junto à SISTEL, 2,05% das ações da SANTOS BRASIL mediante o pagamento de R\$ 14.082.198,76.

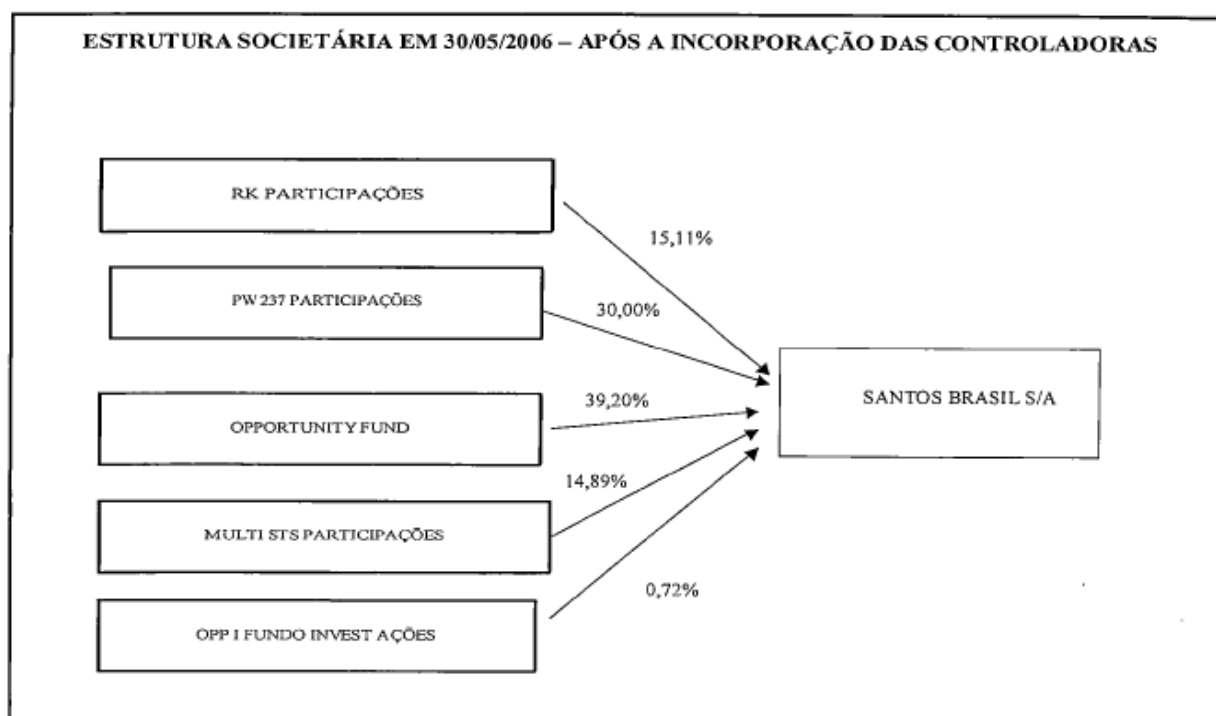
As aludidas alienações foram efetivadas por valor superior ao patrimonial das ações negociadas (por conta de expectativa de rentabilidade futura da SANTOS BRASIL), razão pela qual houve registro de ágio de R\$ 10.731.905,73 relacionado à participação direta adquirida e de R\$ 72.058.954,99 relativo à participação indireta na SANTOS BRASIL.

Pois bem. Da consolidação das operações de aquisição descritas, verifica-se que as cinco empresas (VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI) passaram a deter o controle, direto e indireto, de 64,76% da participação societária na contribuinte SANTOS BRASIL. O valor total pago nas operações, de R\$ 451.182.156,41, foi superior ao valor patrimonial das ações alienadas, o que motivou a contabilização de ágio no valor total de R\$ 321.264.285,02 (soma dos ágios registrados em cada uma das cinco empresas compradoras).

Recorrendo novamente ao Termo de Verificação Fiscal, reproduz-se o organograma representativo da distribuição das ações da contribuinte no momento imediatamente seguinte às aquisições realizadas pelas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI:



No mesmo dia em que ocorreram tais aquisições, ou seja, em 30/05/2006, a SANTOS BRASIL incorporou as cinco empresas que haviam acabado de ingressar entre seus acionistas (diretos e/ou indiretos), a OPP LESTE e a 525 PARTICIPAÇÕES, em operação comumente chamada de incorporação reversa ou incorporação "às avessas". Dessa forma, a configuração do seu quadro societário passou a ser a seguinte:



Percebe-se que a OPP FUND e a MULTI STS ampliaram a participação societária que detinham, direta e/ou indiretamente, antes do início das operações societárias analisadas. A RK PARTICIPAÇÕES, pertencente ao mesmo grupo da MULTI STS, também passou a figurar entre os acionistas diretos. Por fim, a PW 237 aparece como a única acionista que efetivamente pertencia a um grupo econômico novo, que não participava do capital da contribuinte antes das operações societárias descritas.

Enfim, concluídas as operações de 30/05/2006, a SANTOS BRASIL havia trazido para a sua contabilidade os ágios originalmente registrados nas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, que totalizavam R\$ 321.264.285,02. Considerando que sua situação estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (art. 386 do RIR/1999), a contribuinte passou a aproveitar tributariamente tal ágio, por meio da simples não adição ao lucro líquido das despesas de amortização de ágio deduzidas contabilmente (06/2006 a 03/2009) ou desta não adição conjugada com a exclusão do saldo remanescente do ágio diretamente no LALUR (04/2009 a 05/2011). Mensalmente, R\$ 5.354.404,75 deixaram de ser somados ao lucro líquido e/ou foram diretamente excluídos do LALUR, entre 06/2006 e 05/2011.

Por entender que tais despesas não seriam passíveis de aproveitamento tributário, a Fiscalização promoveu sua glosa nos autos de infração que deram origem aos presentes autos.

Devidamente compreendida a reorganização societária experimentada pela contribuinte SANTOS BRASIL, passa-se à análise das alegações preliminares de não conhecimento do recurso especial manejado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), apresentadas por ocasião do oferecimento de contrarrazões pela contribuinte recorrida. Na sequência, será examinado o mérito de tal recurso.

**I) Preliminares de não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional**

O recurso especial da PGFN narra que o Acórdão nº 1302-001.980, ora recorrido, teria entendido como possível a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio sob discussão nos presentes autos, mesmo que a confusão patrimonial verificada tenha envolvido formalmente empresas efêmeras, caracterizadas pela Fiscalização como meros "veículos", ao invés dos verdadeiros ou reais investidores. Assim, o acórdão recorrido teria, na visão da recorrente, contrariado os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e o art. 20, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que somente admitiriam a confusão patrimonial quando verificada entre as empresas investidas e as reais investidoras.

No caso enfrentado nos autos, a confusão patrimonial que envolveu a contribuinte SANTOS BRASIL, sociedade investida, se deu com empresas veículos que não poderiam, no entendimento da Fiscalização, ser consideradas como reais investidoras: VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI. As verdadeiras investidoras seriam as empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES E PW 237, que repassaram recursos às empresas veículos (via integralização de aumento de capital social) ou que possibilitaram a obtenção, por estas, de vultuosos empréstimos bancários (por meio da prestação de garantias ou fianças), tudo com o intuito de que as empresas veículos adquirissem participações societárias da contribuinte para, em seguida, serem por ela incorporadas.

A recorrente afirma que o acórdão recorrido analisou tal contexto e discordou do entendimento da Fiscalização, sob o argumento de que a legislação pátria não se opõe à utilização de empresas veículos se o mesmo resultado verificado ao final puder ser alcançado sem a utilização destas empresas. Assim, a decisão recorrida teria admitido a possibilidade de ocorrência de confusão patrimonial entre uma sociedade investida e empresas veículos, interpretando os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 de forma oposta à encontrada no Acórdão nº 9101-002.188.

A decisão indicada como paradigma teria firmado posição no sentido de que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida diante de confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (adquirente de fato). Nas situações em que se utiliza pessoa jurídica interposta, diversa da investidora original, restariam desatendidos os aspectos temporal, pessoal e material dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o que resulta na impossibilidade de amortização do ágio.

Desta forma, estaria devidamente caracterizada divergência jurisprudencial, uma vez que o acórdão recorrido, diferentemente da decisão paradigma, admite a possibilidade de amortização de ágio a partir de confusão patrimonial que envolva empresa que, embora figure formalmente como investidora, não suportou efetivamente o pagamento do sobrepreço com ágio.

Intimada acerca do teor do recurso especial manejado pela Fazenda Nacional, a contribuinte recorrida opôs-lhe contrarrazões em que defendeu, entre outras coisas, que o recurso fazendário não pode ser conhecido porque o acórdão indicado como paradigma trata de matéria totalmente diversa daquela discutida nos presentes autos.

Inexistiria, assim, entre os acórdãos recorrido e paradigma, a similitude fática e jurídica que o art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), exige para fins de caracterização de divergência jurisprudencial apta a provocar o conhecimento do recurso especial.

A contribuinte recorrida argumenta que o Acórdão nº 9101-002.188, indicado pela Fazenda Nacional como paradigma, discute a possibilidade de transferência de ágio, por meio da utilização de uma suposta empresa veículo, a uma terceira pessoa jurídica que não participou como investida ou investidora no negócio jurídico que originou o ágio.

O acórdão recorrido, diferentemente do paradigma, não abordaria o tema da possibilidade de transferência de ágio, uma vez que as empresas envolvidas na confusão patrimonial foram aquelas em cuja contabilidade se deu originalmente o registro dos ágios. Nos presentes autos, a autoridade tributária não questionou os registros de ágio feitos pelas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, mas apenas o fato destas serem consideradas como reais investidoras para fins de participação na confusão patrimonial exigida pela legislação para fins de aproveitamento tributário do ágio.

Além disso, a contribuinte recorrida aponta a existência de diferença entre as discussões jurídicas desenvolvidas nas duas decisões administrativas. Isso porque o Acórdão nº 9101-002.188, apontado como paradigma, restringir-se-ia a analisar a questão da possibilidade de transferência do investimento adquirido com ágio.

Segundo a recorrida, não existe entre as decisões divergência jurídica no que toca à necessidade de ocorrência de confusão patrimonial envolvendo a investida e a real investidora. O acórdão recorrido e o paradigma convergiriam em tal entendimento. Ocorre que o acórdão recorrido teria concluído que, no caso concreto dos autos, tal confusão patrimonial teria se configurado em razão de serem aceitas como reais investidoras as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, qualificadas pela Fiscalização como "empresas veículos".

Ademais, as contrarrazões opostas ao recurso especial fazendário aduzem que este não pode ser conhecido também por uma segunda razão: as alegações expostas são insuficientes para sustentar a reforma do acórdão recorrido.

Explicando sua tese, a contribuinte afirma que o lançamento fiscal que originou os presentes autos estaria assentado em duas premissas: i) a amortização fiscal do ágio só é possível mediante a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, a partir da incorporação de uma pela outra; e ii) no caso concreto, as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, apesar de terem adquirido diretamente as ações da recorrida, não podem ser consideradas como reais investidoras.

A discussão invocada pela segunda premissa, qual seja, a qualificação do que seria a real investidora, não teria sido objeto do recurso especial apresentado pela PGFN. Assim, defende a contribuinte recorrida que deve ser reconhecido o trânsito em julgado do acórdão recorrido em relação a esta matéria.

Diante disso, a contribuinte recorrida defende que, mesmo que o recurso especial da Fazenda obtenha um eventual provimento e se aplique ao caso concreto o entendimento que se sagrou vitorioso no Acórdão paradigma nº 9101-002.188, isso seria insuficiente para restabelecer a exigência fiscal. Assim, também por insuficiência recursal, o apelo fazendário não poderia ser conhecido.

Pois bem. A apreciação das alegações trazidas pela contribuinte recorrida deve iniciar-se pelo exame dos trechos relevantes do Acórdão nº 9101-002.188, indicado pela Fazenda Nacional como paradigma:

**"Relatório**

(...)

*DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE*

- a fim de melhor entender a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHÉ para a aquisição da BIOSINTÉTICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

- 28/09/2005 - as empresas ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHÉ, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);
- 17/10/2005 - as empresas ACHÉ e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTÉTICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHÉ passa a deter o controle societário da BIOSINTÉTICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;
- 30/11/2005 - a ACHÉ subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTÉTICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHÉ "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTÉTICA no valor de R\$ 437.552.361,10;
- 31/03/2006 — a BIOSINTÉTICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;

(...)

**Voto**

(...)

*Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.*

*Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano*

*abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).*

*Da mesma forma que no aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).*

*Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. (...)*

*Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", **exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.** No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:*

***A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.***

*A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material." (grifou-se)*

Da leitura dos trechos transcritos, verifica-se que a contribuinte recorrida tem razão ao afirmar que a situação fática examinada pela decisão paradigma não é igual àquela analisada pelo acórdão combatido.

O acórdão paradigma se debruça sobre um processo de reorganização empresarial que consistiu na aquisição de participação societária por uma investidora originária, que posteriormente utilizou as quotas adquiridas e o ágio a elas associado em

operação de aumento de capital de uma empresa controlada, aqui apontada como empresa veículo. Posteriormente, esta empresa veículo foi incorporada pela investida, com o intuito de que o citado ágio pudesse ser objeto de aproveitamento tributário, uma vez que passariam a coabitar no mesmo patrimônio tanto o ágio quanto o investimento cuja expectativa de rentabilidade futura em tese o teria justificado.

Já o acórdão recorrido trata de operações societárias por meio das quais três grupos econômicos distintos se valeram de cinco empresas recém-constituídas e até então sem qualquer atividade (consideradas pela Fiscalização como sendo "de prateleira") para adquirir relevante participação societária na contribuinte, com ágio. Para concretizar tal aquisição, estas empresas, caracterizadas pela Fiscalização como empresas veículos, receberam recursos de suas controladoras (por meio de operações de aumento de capital social) e de instituição financeira em virtude da obtenção de empréstimos garantidos pelos três grupos econômicos já citados e pela própria contribuinte que, em seguida, teria suas ações transacionadas. Posteriormente, as cinco empresas (supostas "veículos") foram incorporadas pela investida e o ágio associado à aquisição das ações desta última passou a ser utilizado para fins tributários, conforme autorização pretensamente concedida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (art. 386 do RIR/1999).

Contudo, em que pese a existência de diferença entre os contextos fáticos contrapostos, entendo que eles são suficientemente semelhantes no que interessa à discussão jurídica suscitada pelo recurso especial da Fazenda Nacional.

Embora a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio ainda seja um tema que suscite intensa discussão em sede de contencioso administrativo, a jurisprudência já sedimentou alguns aspectos atinentes à controvérsia. Recorro, neste ponto, ao interessante apontamento feito pelo i. Conselheiro Relator do Acórdão nº 1402-002.373:

*"Apesar da notória repercussão dos julgados sobre o tema, existe certa disparidade quanto à fixação precisa de todos requisitos de uma operação para permitir o livre aproveitamento do ágio.*

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

Tanto o acórdão recorrido quanto a decisão paradigma analisam operações de reorganização societária em que estão presentes os três primeiros requisitos que a jurisprudência vem entendendo como necessários para que o ágio associado à aquisição de participação societária possa ser utilizado tributariamente nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997: 1) a aquisição de participação societária das investidas, em ambos os casos, se deu mediante sacrifício patrimonial das investidoras, por meio de pagamentos em dinheiro (e em debêntures, no caso dos presentes autos); 2) a alienação da participação societária das investidas se deu entre partes efetivamente independentes, o que afasta de plano a possibilidade de caracterização do ágio como sendo "interno"; e 3) os laudos de avaliação das investidas, que

fundamentaram o respectivo ágio com base na expectativa de rentabilidade futura das adquiridas, foram considerados válidos e não contestados pela Fiscalização.

A divergência jurisprudencial inaugurada pela comparação entre os acórdãos recorrido e paradigma se dá, então, no que concerne ao atendimento do quarto requisito exigido: *a absorção do patrimônio da investida pela investidora*.

O acórdão paradigma entende que somente pode figurar como investidora originária ou real, na confusão patrimonial exigida pela legislação para fins de aproveitamento tributário do ágio, aquela empresa que "efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária". Assim, a interposição de qualquer pessoa diversa daquela que originalmente adquiriu a participação societária com ágio desatenderia os aspectos pessoal e material, descaracterizando a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999.

De forma contrária, o acórdão recorrido não enxerga como impedimento à aplicação dos aludidos dispositivos legais o fato de empresas que efetivamente possuem lastro patrimonial para investir recursos ou garantir a concessão de vultuosos empréstimos (caracterizadas pela Fiscalização como as reais investidoras) se valerem de controladas recém-criadas e sem recursos próprios, admitidas como empresas veículos, para realizar a aquisição de participação societária com ágio e posteriormente envolverem estas adquirentes de direito na confusão patrimonial exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Neste sentido, declara o voto condutor da decisão recorrida:

*"A situação fática pode ser assim sintetizada:*

*1º A Multi STS e a RK (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório), ao invés de adquirirem diretamente as participações que o Fundo CVC, a FIA, a PREVI e a SISTEL detinham na recorrente, elas o fizeram por meio de empresas que depois vieram a ser absorvidas pela recorrente e, consequentemente, o ágio pago passou a ser amortizado na recorrente.*

*2º Para melhor compreensão dos meus pares, alerto que o PW237 (Grupo Dório) não fazia parte do quadro societário da recorrente inicialmente, sendo que passou a fazer parte, indiretamente, a partir do momento que suas controladas Howland e Strelícia adquiriram a participação na recorrente.*

*3º Vale ressaltar que o ágio foi pago pela Bilimbi, Vitex, Hermosa, Howland e Strelícia a pessoas jurídicas desvinculadas dos grupos compradores (Opportunity, Fink e Dório), ou seja, ao Fundo CVC, FIA, PREVI e SISTEL. Assim, mesmo para aqueles que glosam a despesa com ágio interno antes da Lei 12.943/14, neste caso, não há que se falar que o ágio era interno aos grupos. Isso pode ser constatado da própria tabela constante do TVF a fls. 2318.*

#### DA INFRAÇÃO IMPUTADA

*Assim, essa é mais uma autuação que envolve discussões sobre a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, sendo **importante ressaltar que o caso sub examine não se configura como operação casa-***

*separa nem envolve discussão sobre ágio interno, já que se resume unicamente à alegação de uso de empresas veículos na situação retro mencionada.*

(...)

*Da leitura do TVF, constata-se que a infração imputada à recorrente tem como ponto fulcral a alegação de que as pessoas jurídicas Vitex, Bilimbi, Howland, Strelícia e Hermosa eram empresas “veículos” e, assim entendendo, os autuantes concluem que não teria ocorrido a incorporação que autorizaria a dedutibilidade da despesa com amortização do ágio na recorrente, pois quem teria efetivamente pago o ágio seriam a Multi STS (Grupo Fink), a OPP Fund (Grupo Opportunity) e a PW237 (Grupo Dório) e, não, as pessoas jurídicas (controladoras) que foram incorporadas pela recorrente (controlada). Vejamos, então, alguns trechos do TVF:*

(...)

*Antes de analisarmos o enquadramento jurídico dado a tal imputação, cabe, desde já, lembrar que uma companhia pode ser constituída apenas para participar de outras pessoas jurídicas sem qualquer atividade operacional, se não vejamos como dispõe o § 3º do art. 2º da Lei nº 6.404/76, in verbis:*

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

(...)

*§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.*

*No entanto, os autuantes alegam que as Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia não tiveram despesas com dirigentes nem de qualquer outro tipo, inclusive com empregados, o que as configurariam como “empresas veículos”. Assim, vejamos agora como foi enquadrada a conduta das controladoras pelo uso das ditas empresas veículos. Observo que me refiro a “ditas empresas veículos”, pois falta à expressão “empresa veículo” uma base conceitual doutrinária e jurisprudencial, mas principalmente legal, razão pela qual o sucesso da autuação depende basicamente da demonstração, pelos autuantes, de que tal conduta se configura em algum ilícito previsto em lei.*

#### DO ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INFRAÇÃO

*Ora, a autoridade fiscal enquadrando a conduta das controladoras das ditas “empresas veículos” como simulação, abuso de direito e fraude à lei, em um verdadeiro rosário de patologias jurídicas, se não vejamos o parágrafos 176 do TVF, in verbis:*

(...)

*Ora, no parágrafo 176, os autuantes falam em divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada, o que é um elemento da simulação, porém, mais a frente, falam em intenção de*

*contornar norma impositiva, o que seria então fraude à lei, para, no parágrafo seguinte, tratar de abuso de direito. Decerto que, embora não seja a regra, a simulação relativa pode coexistir com a fraude à lei, mas já é mais controverso o enquadramento da mesma conduta como simulação e abuso de direito. De qualquer sorte, cabe analisarmos cada um desses enquadramentos jurídicos dado às condutas das controladoras.*

#### DA FRAUDE À LEI

*Assim, fica claro que os autuantes caracterizam a conduta das controladoras tanto como fraude à lei como simulação. (...)*

*(...)*

*Ora, realmente entendo toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor, nem muito menos interpretado como fraude à lei.*

*Ademais, no caso concreto, cabe perquirir, qual a norma legal que proibiria o aproveitamento do ágio na recorrente se a participação nela tivesse sido adquirida diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237 e, posteriormente, essas tivessem sido incorporadas por ela? Nenhuma norma tributária seria violada se a operação tivesse se dado da forma como os autuantes entendiam ser a forma direta. Vejam que se a aquisição tivesse se dado diretamente pela OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não vedariam o aproveitamento do ágio na recorrente caso ela incorporasse essas empresas. Assim, repito a pergunta: qual norma tributária foi fraudada? Nenhuma.*

#### DA SIMULAÇÃO

*(...)*

*Esse parágrafo como também outros do TVF, especialmente o parágrafo 176, deixa claro que os autuantes também sustentaram que houve simulação relativa na conduta dos controladores, ou seja, que simularam a aquisição da participação na recorrente por intermédio da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia, para dissimular a aquisição direta por elas (Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237). Analisemos essa questão.*

*Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos*

*o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelos autuantes ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.*

(...)

*Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, seja agora ato ilícito.*

*Ademais, três são os requisitos da simulação relativa no campo cível: primeiro, a divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada; segundo, um acordo simulatório; e terceiro, o negócio simulado ter por objetivo enganar terceiros estranhos a ele. Ocorre, que a simulação fiscal, assim entendida aquela que tem efeitos no campo tributário, requer um quarto elemento, qual seja, que o ato dissimulado seja tributariamente mais oneroso do que o ato simulado, pois, se assim não for, pode até ser simulação, mas não terá qualquer efeito nas relações tributárias.*

*Ora, no presente caso, conforme tudo que já foi sustentado, fica claro que a aquisição direta pelas Multi STS, RK Participações, Opp Fund e PW 237 poderia gerar o aproveitamento do ágio, desde que houvesse a incorporação dessas pessoas jurídicas pela recorrente, logo, o dito ato dissimulado não seria mais oneroso que o ato simulado.*

#### DO ABUSO DE DIREITO

*Ora, verificado acima que os atos praticados não se enquadram no conceito de fraude à lei ou simulação, verifiquemos se seria cabível enquadrá-los como abuso de direito.*

(...)

*Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe:*

Art. 116. *Omissis.*

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.**

*Ora, se este era o instrumento de que podia se valer o Fisco para desconsiderar os atos de abuso de direito praticados pelos controladores das ditas “empresas veículos”, comprometida estará a autuação, por ser inaplicável tal parágrafo único enquanto não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para tal desconsideração dos atos abusivos.*

*(...)*

*Assim sendo, o direito abusado é o direito de auto-organização da pessoa jurídica e do grupo econômico a que pertence, sendo que, no presente caso, o abuso teria se configurado porque os autuantes entenderam que a criação da Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia teve como único finalidade a redução de tributos. Ora, este é um equívoco da autuação, se não vejamos o que se segue.*

*É incontestável que o ágio foi pago para terceiras pessoas que não faziam parte dos grupos econômicos a que pertenciam os adquirentes das participações negociadas. Assim, o ágio existiu e os próprios autuantes não negam tanto que afirmam o seguinte no TVF:*

*(...)*

*Ora, se a **OPP Fund, Multi STS, RK e PW237** tivessem adquirido diretamente a participação na recorrente, o que impediria a recorrente de incorporar as controladoras e passar a aproveitar o ágio? Não havia obstáculo no campo tributário. Logicamente, devia haver uma razão extratributária, possivelmente, de natureza empresarial, ou seja, seria difícil a recorrente – empresa operacional – incorporar holdings (OPP Fund, Multi STS, RK e PW237) controladas por três grupos diferentes. Agora, repito, não havia obstáculos de ordem tributária para que a recorrente aproveitasse o ágio após incorporar a OPP Fund, Multi STS, RK e PW237, caso a operação se desse da forma como os autuantes entendem que tenha ocorrido.*

*Ora, se a operação não se deu da forma direta foi por razões extratributárias, logo, não há falar que houve abuso de direito nos atos praticados por **OPP Fund, Multi STS, RK e PW237**.*

*Assim, concluo que o fundamento central da autuação – que **Vitex, Bilimbi, Hermosa, Howland e Strelícia** eram “empresas veículos” demonstrou-se frágil para justificar a desconsideração dos atos por elas praticados, ao verificarmos que não havia obstáculos na legislação tributária para que o mesmo resultado fosse obtido sem a utilização das ditas empresas veículos, pois, pelo menos, os autuantes não lograram demonstrar isso.*

*Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar os lançamentos do IRPJ e CSLL, inclusive da multa isolada, e, conseqüentemente, por considerar prejudicado o recurso de ofício.” (grifou-se)*

Observe-se que, ao contrário do que alega a contribuinte recorrida, o Acórdão nº 1302-001.980 não fundamenta sua decisão no fato de que as empresas VITEX, HERMOSA,

HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI seriam as reais adquirentes da participação societária na SANTOS BRASIL e não poderiam, por isso, ser consideradas como empresas veículos.

A decisão recorrida expõe que inexistente consenso (legal, doutrinário e jurisprudencial) a respeito do que viria a ser uma empresa veículo e que a simples alegação da utilização desta figura seria insuficiente para fundamentar uma autuação fiscal. Para sustentar o lançamento, a autoridade tributária se veria obrigada a provar que a utilização da empresa veículo caracterizou algum ilícito legalmente previsto, como a fraude à lei, a simulação ou o abuso de direito.

Analisando o caso concreto, o acórdão recorrido conclui que não se configuraram fraude à lei (a norma legal permitiria o aproveitamento tributário do ágio caso a aquisição da participação societária da SANTOS BRASIL tivesse sido feita diretamente pelas empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237), simulação (a aquisição realizada diretamente por estas empresas - ato dissimulado - não seria mais onerosa do que a realizada por meio das empresas veículos - ato simulado) ou abuso de direito (houve motivação extratributária para a realização da aquisição por intermédio das empresas veículos, ao invés da forma direta). Assim, admitiu-se a utilização de empresas veículos na reorganização societária examinada e considerou-se insubsistente o lançamento tributário.

A utilização admitida obviamente contempla a possibilidade de as empresas veículos serem participantes da confusão patrimonial requerida pela legislação tributária para fins de aproveitamento tributário do ágio, uma vez que o acórdão recorrido concluiu a configuração verificada na situação fática analisada subsumir-se-ia à hipótese legal prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Concluo, assim, que restou devidamente comprovada a existência de divergência jurisprudencial, arguida pela Fazenda Nacional, entre o acórdão recorrido e o Acórdão nº 9101-002.188, no que diz respeito ao tema da possibilidade de a confusão patrimonial requerida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 envolver empresas veículos.

A contribuinte recorrida arguiu ainda a impossibilidade de conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional com base em suposta insuficiência recursal para promover a reforma do acórdão recorrido. Novamente carece de razão a alegação da contrarrazoante.

Não vejo como considerar separadamente os dois temas a que a contribuinte atribui a qualificação de fundamentos autônomos do lançamento tributário. Quando se fala na necessidade de a confusão patrimonial envolver a investida e a real investidora (para fins de dedutibilidade do ágio), tal discussão obviamente traz implícita a consideração de qual(is) pessoa(s) jurídica(s), dentro de determinada reorganização societária, ocuparia(m) cada um destes papéis.

Além disso, não procede a afirmação da contribuinte de que o acórdão recorrido teria concluído que as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI seriam as reais investidoras e que tal parte da decisão teria transitado em julgado por não ter sido abordada no recurso especial da Fazenda Nacional. Conforme se demonstrou, a decisão recorrida simplesmente considerou que a aquisição de participação societária por meio de empresas veículos, especificamente destacadas para tal tarefa, não pode ser desconsiderada pelo Fisco se não caracterizar outro ilícito previsto na legislação.

Diante do exposto, tendo sido cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, REJEITO as arguições preliminares de não conhecimento da contribuinte e CONHEÇO do recurso especial da PGFN.

## II) Mérito do recurso especial da Fazenda Nacional

Vencida a análise das arguições preliminares apresentadas pela contribuinte recorrida, restou conhecido o recurso especial da PGFN no que diz respeito à possibilidade ou não de a confusão patrimonial exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, para fins de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, envolver empresas veículos, tema cujo mérito se passa a analisar.

Conforme adiantei na abertura deste voto, o ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte SANTOS BRASIL, e condenado pela Fiscalização, de deduzir, nos anos-calendário 2006 a 2011, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, valores relativos a despesas de amortização de ágios registrados originalmente na contabilidade das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI.

A controvérsia reside no fato de a Fiscalização ter considerado tais pessoas jurídicas como meras empresas veículos, desprovidas de recursos próprios para investir na aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL. Assim, a confusão patrimonial verificada ao final do processo de reorganização societária não seria apta a possibilitar o aproveitamento tributário do ágio, uma vez que não envolvia as reais investidoras adquirentes das ações com ágio.

Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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

*I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*

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

*§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.*

*§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:*

*a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;*

*b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;*

*c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

*§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.*

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que

avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

*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):*

:

*I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;*

(...)

*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).*

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor

do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

*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).*

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

*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.*

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda

de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se às transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>1</sup>, 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 SCHOUER<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

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

(...)

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

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

*Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista<sup>3</sup> que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997<sup>4</sup>:*

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.*

<sup>3</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>4</sup> Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

*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 1.607, 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**."*

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*§4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível*

*sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).*

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

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

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

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

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

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O *caput* do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>5</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>5</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

*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 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. SCHOUER<sup>6</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.*

*Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside,*

<sup>6</sup> SCHOUER, 2012, p. 62.

*precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.***

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

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

*Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.** Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."*

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

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

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo § 6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu § 6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

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

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

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

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

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

No complexo caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores pela aquisição de 64,76% das ações da contribuinte SANTOS BRASIL. Também não se discute que os valores despendidos superaram o valor contábil das ações alienadas e que foram pagos a partes não relacionadas aos compradores. A existência do ágio oriundo de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Os pagamentos efetuados e os ágios a eles associados podem ser assim resumidos:

- VITEX pagou R\$ 182.351.532,53 a PREVI e SISTEL, com ágio de R\$ 129.266.316,63;
- HERMOSA pagou R\$ 9.314.677,16 a FUNDO CVC, com ágio de R\$ 7.416.076,56;
- HOWLAND pagou R\$ 44.403.461,36 a SISTEL, com ágio de R\$ 31.476.656,00;

- STRELICIA pagou R\$ 98.353.153,04 a FUNDO CVC, com ágio de R\$ 70.314.375,11;
- BILIMBI pagou R\$ 116.759.332,32 a FIA e SISTEL, com ágio de R\$ 82.790.860,72.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das ações da contribuinte não pertenciam às empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, mas às suas controladoras. Os recursos foram obtidos pelas empresas veículos (com a específica finalidade de que fossem empregados na compra de participação societária na SANTOS BRASIL) basicamente de duas formas: (i) operações de aumento de capital social integralizado pelas controladoras; e ii) empréstimos concedidos pelo banco CREDIT SUISSE em razão da prestação de garantias e fianças pela própria SANTOS BRASIL e por empresas dos grupos econômicos OPPORTUNITY, FINK e DÓRIO.

Registre-se que os dois primeiros grupos mencionados já eram acionistas da contribuinte e ampliaram suas participações ao final da reorganização societária analisada neste processo. Já o grupo DÓRIO ingressou na condição de controlador da SANTOS BRASIL após a conclusão de tais operações.

Os recursos empregados pelas empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI na aquisição de ações da SANTOS BRASIL, em 30/05/2006, tiveram as seguintes origens:

#### VITEX

- R\$ 163.652.256,54 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);
- R\$ 21.827.733,00 foram integralizados como aumento de capital pela RK PARTICIPAÇÕES, empresa que detinha 99,99% das ações da VITEX. As empresas VITEX, RK PARTICIPAÇÕES e MULTI STS pertenciam ao grupo econômico FINK, controlado pela família Klien.

#### HERMOSA

- R\$ 9.348.909,00 foram integralizados como aumento de capital pela RK PARTICIPAÇÕES, empresa que detinha 99,99% das ações da HERMOSA. As empresas HERMOSA, RK PARTICIPAÇÕES e MULTI STS pertenciam ao grupo econômico FINK, controlado pela família Klien.

#### HOWLAND

- R\$ 39.665.793,10 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);
- R\$ 5.500.000,00 foram integralizados como aumento de capital pela PW 237, empresa que detinha 99,99% das ações da HOWLAND. As empresas HOWLAND e PW 237 pertenciam ao grupo econômico DÓRIO, controlado por Dório Ferman.

#### STRELICIA

- R\$ 98.392.655,00 foram integralizados como aumento de capital pela PW 237, empresa que detinha 99,99% das ações da STRELICIA. As empresas STRELICIA e PW 237 pertenciam ao grupo econômico DÓRIO, controlado por Dório Ferman.

BILIMBI

- R\$ 118.397.291,34 foram obtidos por empréstimo junto ao CREDIT SUISSE (garantias e fianças da SANTOS BRASIL e de seus grupos controladores);

- R\$ 585.000,00 foram integralizados como aumento de capital pela CITRINO, empresa que detinha 99,99% das ações da BILIMBI. As empresas BILIMBI, CITRINO e OPP FUND pertenciam ao grupo econômico OPPORTUNITY.

Vê-se, portanto, que as empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI não dispunham de lastro patrimonial próprio para custear o investimento realizado em ações da SANTOS BRASIL. Elas inclusive tinham sido recentemente constituídas, com irrisório capital social e sem quaisquer atividades até sua participação na reorganização societária vivenciada pela contribuinte.

A participação destas pessoas jurídicas nas operações de aquisição de participação societária na SANTOS BRASIL somente foi possível porque elas receberam recursos das verdadeiras adquirentes: OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237.

Tampouco os recursos recebidos por meio de empréstimo concedido pelo CREDIT SUISSE pertenciam verdadeiramente a estas empresas. Os valores milionários somente foram emprestados pela instituição bancária porque a dívida estaria garantida por empresas de grande porte (a contribuinte e empresas pertencentes aos grupos que a controlavam), que tinham lastro patrimonial para garantir o pagamento dos valores concedidos.

Tanto isso procede que a verdadeira devedora dos valores emprestados pelo banco CREDIT SUISSE sempre foi a própria contribuinte. Como a sequência de operações societárias já estava totalmente arquitetada de antemão, já se sabia que as empresas VITEX, HOWLAND e BILIMBI seriam extintas por incorporação exatamente no mesmo dia em que viessem a receber os valores liberados pelo CREDIT SUISSE (30/05/2006).

Assim, já era esperado que a dívida com o banco fosse honrada não pelos credores formais, mas pela SANTOS BRASIL, tanto porque ela era uma das fiadoras dos empréstimos quanto porque viria a ser a sucessora universal das obrigações das empresas incorporadas. E, de fato, foi a contribuinte que saldou tal dívida, em 17/10/2006 (menos de cinco meses após a liberação dos empréstimos), com recursos advindos da abertura de seu capital.

Tais circunstâncias inclusive infirmam a alegação feita pela contribuinte de que a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI teria se dado por exigência da entidade bancária, que desejaria isolar o crédito em sociedades "limpas" e "sem passado". Pergunta-se: qual seria a utilidade de serem os credores originários empresas "limpas" se não tinham qualquer patrimônio a garantir as dívidas e ainda se já se sabia de antemão que uma das sociedades "com passado" (a própria contribuinte) é que viria a ser a responsável por pagar as obrigações? Nenhuma, obviamente.

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

Sendo assim, a contribuinte recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo das operações de aquisição de suas próprias ações.

Como não foram as pessoas jurídicas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das ações da contribuinte recorrida saíram dos ativos das reais investidoras, OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237. Mesmo a fração dos recursos que adveio de empréstimo bancário somente teve sua obtenção viabilizada porque estas reais adquirentes e a contribuinte SANTOS BRASIL tinham lastro para garantir seu pagamento ao banco CREDIT SUISSE.

As empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI, embora constem formalmente como as adquirentes das ações da contribuinte, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237 a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da contribuinte. Também pertencia a estas empresas e à SANTOS BRASIL a solidez e a robustez necessárias para alavancar a concessão de empréstimos milionários, por meio da prestação de suficientes garantias e fianças.

As reais investidoras sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das ações da contribuinte, sem a participação de empresas veículos, somente poderiam pleitear o aproveitamento tributário do ágio associado ao investimento se fossem incorporadas pela SANTOS BRASIL ou se incorporassem frações cindidas desta. Por óbvias razões extratributárias, nenhuma destas hipóteses lhes interessava.

Por isso, os grupos econômicos envolvidos decidiram lançar mão de empresas veículos especificamente destacadas para tomar parte na reorganização societária de forma que ocorresse, ao final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte SANTOS BRASIL), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se que a participação das empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI foi antecipada e artificialmente concebida como forma de os grupos econômicos OPPORTUNITY, FINK e DÓRIO, que já planejavam adquirir as ações pertencentes às pessoas jurídicas que desejavam sair do bloco controlador da SANTOS BRASIL (PREVI, SISTEL, FIA e FUNDO CVC), poderem posteriormente obter vantagens tributárias relativas ao aproveitamento do ágio por sua controlada, previstas no art. 386 do RIR/1999.

Tal fato não é negado pela contribuinte ou por seus controladores, chegando a ser admitido no anúncio de Fato Relevante realizado em 01/06/2006. Por meio deste comunicado, os administradores da SANTOS BRASIL informaram ao mercado a respeito da série de operações realizadas no dia anterior, esclarecendo que tais operações permitiriam a simplificação societária da empresa e gerariam vantagens tributárias relacionadas ao aproveitamento do benefício fiscal que a amortização do expressivo ágio registrado nas sociedades incorporadas proporcionaria: redução da base tributária submetida ao IRPJ e à CSLL. Informações semelhantes constaram no Parecer do Conselho Fiscal da empresa e no Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação firmado entre a SANTOS BRASIL e as pessoas jurídicas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI.

Ainda que não houvesse tal reconhecimento, as circunstâncias fariam por si sós. As empresas VITEX, HERMOSA, HOWLAND, STRELICIA e BILIMBI foram adquiridas por empresas dos grupos controladores da SANTOS BRASIL poucos meses antes da reorganização societária analisada. Não tiveram atividade relevante até 30/05/2006, data em que receberam montantes expressivos (inclusive debêntures de emissão da própria contribuinte), adquiriram milhões de ações da SANTOS BRASIL com expressivo ágio e foram em seguida incorporadas por sua investida. O único legado que deixaram foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é típico das "empresas veículos".

Terminado todo o processo, a contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre os ágios e os investimentos que lhes deram causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, as reais investidoras são as empresas OPP FUND, MULTI STS, RK PARTICIPAÇÕES e PW 237 (e apenas estas).

Sendo assim, a amortização operada pela recorrida não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, as investidoras reais não participaram de "confusão patrimonial" alguma.

Ainda que se analise a situação debatida nos autos sob outro enfoque, a conclusão alcançada continua sendo pela impossibilidade de utilização tributária dos ágios pela recorrida.

O aproveitamento tributário dos ágios discutidos nos presentes autos consiste, como já foi dito por diversas vezes, na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Faz-se relevante, portanto, analisar o caso sob a perspectiva da teoria atinente às despesas que têm relevância fiscal. Uma vez mais, pede-se vênia para transcrever-se excerto extraído do Acórdão nº 9101-002.301, por sua concisão e clareza:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### ***Despesa Diante 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 especificamente 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, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são objeto de operações de transformação societária.*

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

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

*Admitindo-se uma construção artificial, 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."*

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como as encontradas nos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário que tem a finalidade específica de criar artificialmente hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999, não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Diante de todo o exposto, relativamente ao pedido de restabelecimento da glosa das despesas decorrentes da amortização dos ágios, indevidamente deduzidas pela contribuinte SANTOS BRASIL entre os anos de 2006 e 2011, bem como da adição dos valores indevidamente excluídos da apuração do lucro tributável entre 2009 e 2011, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Por fim, registre-se que, como bem apontado nas contrarrazões apresentadas pela contribuinte e por sua sucessora, indicada pela Fiscalização como responsável solidária pelos débitos objeto deste processo em suas contrarrazões, há diversas matérias que constaram nos recursos voluntários e que não foram apreciadas pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF no bojo dos Acórdãos nº 1302-001.980 e nº 1302-002.095 (este retificou lapso manifesto do anterior, sem efeitos modificativos), em virtude da desoneração das verbas principais, atinentes ao IRPJ e a CSLL.

As matérias que deixaram de ser então apreciadas são: a) decadência do direito de o Fisco lançar créditos calamorelativos ao ano-calendário 2006; b) inexistência de previsão legal para adição, à base de cálculo da CSLL, de despesa com amortização de ágio

considerada indedutível; c) impossibilidade de cobrança de multa isolada após o encerramento do ano-calendário e em concomitância com a multa de ofício; d) ausência de compensação indevida de prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da CSLL; e) incorreta recomposição dos saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas da CSLL; f) ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício; e g) responsabilidade solidária da empresa SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A., que incorporou a quase totalidade do patrimônio da contribuinte em outubro de 2011.

Registro que meu entendimento seria pela devolução, à Turma *a quo*, também da matéria relativa à qualificação da multa de ofício. No entanto, meu voto a respeito deste tópico em particular foi vencido, tendo prevalecido neste Colegiado a tese da i. Conselheira Relatora de que a decisão pela inaplicabilidade da multa de ofício qualificada já transitou em julgado, uma vez que constou no dispositivo do acórdão recorrido a negativa de provimento ao recurso de ofício (que tratava exclusivamente deste tema), o que não foi objeto de embargos de declaração ou recurso especial por parte da Fazenda Nacional.

Quanto às demais matérias, não cabe a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais se pronunciar antes que o faça a Turma *a quo*, sob o risco de supressão de instância que pode vir a prejudicar alguma das partes. Assim, mesmo entendendo a CSRF pelo restabelecimento das glosas das despesas de amortização dos ágios discutidos nos presentes autos, não poderá adentrar na análise de outros pontos da lide que pendam de análise pela turma que proferiu a decisão recorrida.

Em julgado que tive sob minha relatoria prevaleceu por unanimidade o entendimento de que, em situações como a presente, no caso de restabelecimento da glosa cancelada no julgamento do recurso voluntário, a melhor prática consiste em devolver o processo à Turma recorrida (ou àquela que a houver substituído, caso já não exista) para novo julgamento acerca das matérias não apreciadas. Traz a ementa do Acórdão nº 9101-002.188, no trecho que interessa à discussão:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

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

*MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.*

*Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.*

Portanto, sendo restabelecidas por esta CSRF as glosas então canceladas, faz-se necessária a devolução dos presentes autos à Turma *a quo* para que sejam analisadas as matérias retrocitadas, abordadas no recurso voluntário e não julgadas no acórdão recorrido.

Desse modo, voto no sentido de:

- CONHECER do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional;
- DAR provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer a autuação fiscal relativa à glosa das despesas de amortização de ágio indevidamente deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes aos anos-calendário 2006 a 2011, bem como à adição dos valores indevidamente excluídos da apuração do lucro tributável entre 2009 e 2011; e

Processo nº 16561.720177/2012-52  
Acórdão n.º **9101-003.561**

**CSRF-T1**  
Fl. 4.622

---

- DETERMINAR o retorno dos autos à Turma *a quo*, para prolação de nova decisão quanto aos temas abordados em sede de recurso voluntário que deixaram de ser apreciados nos Acórdãos nº 1302-001.980 e nº 1302-002.095, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo