



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



**Processo nº** 16561.720205/2012-31  
**Recurso** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-006.365 – CSRF / 1ª Turma  
**Sessão de** 8 de novembro de 2022  
**Recorrentes** FAZENDA NACIONAL  
TERRA NETWORKS BRASIL S/A

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO TRANSFERIDO. CONVERSÃO DE EMPRÉSTIMO EM ÁGIO MEDIANTE SUA UTILIZAÇÃO PARA AUMENTO DE CAPITAL DE INVESTIDA COM PATRIMÔNIO LÍQUIDO NEGATIVO. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão convergente com o acórdão recorrido, que também não admite a formação de ágio nas mesmas circunstâncias.

ADIÇÃO DE AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contextos fáticos distintos, concernentes a amortização de ágio mantido no patrimônio da investidora e adicionadas ao lucro real, ou a amortização de ágio transferido mas que considerada dedutível na apuração do lucro real.

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

Ano-calendário: 2007, 2008

ÁGIO. EMPRESA VEICULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO.

Se a autoridade autuante questiona a efetividade da operação e a participação da pessoa jurídica dita “veículo”, indicando fatos que funcionam como indícios convergentes de que os atos não foram efetivamente praticados tais como declarados, é válida a requalificação promovida pelo fisco e a consequente glosa das despesas com amortização de ágio.

Quanto à investigação acerca do “propósito negocial” ou de “motivos extratributários”, não se pode pretender que os atos apenas sejam considerados legítimos se provado o propósito negocial, mas uma vez que se prove que as alegações do sujeito passivo acerca de determinado propósito ou motivação não se verificam na prática, isso poderá contribuir como elemento indicativo de que os atos por ele praticados também podem não ser exatamente os declarados. É apenas nesse sentido que o propósito negocial pode ter alguma

relevância jurídica, podendo servir de como argumento válido para a requalificação de negócios jurídicos: especificamente quando se prove a falsidade nas alegações do sujeito passivo quanto a tais motivos negociais, o que é ônus da fiscalização (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF).

#### MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.

A prova de que os atos não ocorreram tais como declarados implica a sua requalificação para fins fiscais, tributando-se a situação real. Mas para que se possa afirmar ter havido dolo, punível com a qualificação da multa de ofício, é necessário que a fiscalização comprove a prática de ilícitos. Não se qualifica a multa de ofício quando ocorrer mera divergência na interpretação da legislação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) relativamente ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por unanimidade de votos, conhecer do recurso; (ii) em relação ao Recurso Especial do Contribuinte, por maioria de votos, conhecer parcialmente do recurso apenas em relação à primeira matéria “possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico” e quanto à amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81, vencido o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto que conhecia do recurso em maior extensão, também em relação à matéria “dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL”. No mérito, acordam em: (i) relativamente ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, por maioria de votos, negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por dar-lhe provimento; (ii) em relação ao Recurso Especial do Contribuinte, na parte conhecida, por maioria de votos, negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Ana Cecília Lustosa Cruz que votaram por dar-lhe provimento; votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Carlos Henrique de Oliveira. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz

Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo em face do acórdão 1201-002.169, de 16 de maio de 2018, assim ementado e decidido:

### Acórdão recorrido 1201-002.169

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

REEXAME DE PERÍODO FISCALIZADO.

Não caracteriza reexame de período fiscalizado a autuação relativa a períodos diversos e fundada em constatações que não respaldaram o encerramento do procedimento fiscal anterior.

INCORPORAÇÃO AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO".

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica sem substância econômica ou finalidade comercial, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, transferido pela original controladora e adquirente do investimento, mormente se verificado que não houve alteração na relação societária inicial.

POSTERGAÇÃO DE IMPOSTO. AMORTIZAÇÃO FISCAL.

A glosa de despesas decorrentes de amortização de ágio pago com fundamento na rentabilidade futura da investida não configura inexatidão quanto a período de apuração de competência de receitas, rendimentos ou deduções. A amortização ocorre na medida em que os resultados projetados da investida se confirmam, sendo inaplicáveis as regras de postergação de pagamento de imposto.

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O reconhecimento contábil do ágio não representa manifestação de fato tributário impositivo. A obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário através do lançamento, surgem apenas com a ocorrência do fato gerador, no caso em tela, a cada dedução das despesas de ágio.

**MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.**

O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

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

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.**

A solução dada ao litígio principal, em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, aplica-se ao litígio decorrente ou reflexo relativo à Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL).

*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a multa qualificada de 150% para 75%, vencidos os conselheiros Ester Marques Lins de Sousa (relatora), Eva Maria Los e José Carlos de Assis Guimarães, que lhe negaram provimento; vencidos também os conselheiros Gisele Barra Bossa e Eduardo Morgado Rodrigues, que lhe deram provimento integral. Designado para redigir o voto vencedor, quanto à desqualificação da multa de ofício, o conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar.*

O **recurso especial da Fazenda Nacional** questiona o cancelamento da **multa qualificada** em face dos **paradigmas 101-96.724 e 1101-000.899**. Presidente de Câmara deu seguimento ao recurso conforme despacho de admissibilidade de fls. 3282/3284, cujos trechos se transcreve:

**“Multa qualificada na glosa de amortização de ágio”****Decisão recorrida:**

*INCORPORAÇÃO AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”.*

*Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica sem substância econômica ou finalidade negocial, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, transferido pela original controladora e adquirente do investimento, mormente se verificado que não houve alteração na relação societária inicial.*

**MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE**

*O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.*

**Acórdão paradigma nº 101-96.724, de 2008:**

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO.*

*A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.*

*MULTA QUALIFICADA*

*A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.*

**Acórdão paradigma nº 1101-000.899, de 2013:**

*TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.*

*Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura, é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.*

*MULTA QUALIFICADA.*

*Sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.*

Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que o não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 101-96.724, de 2008, e 1101-000.899, de 2013) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que a caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado, ensejando a qualificação da multa de ofício (**primeiro acórdão paradigma**) e que sujeita-se à multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos (**segundo acórdão paradigma**).

Intimado do acórdão e da interposição de recurso especial pela Fazenda Nacional, o sujeito passivo apresentou contrarrazões, questionando o conhecimento por (i) falta de cotejo analítico entre as razões de decidir dos paradigmas e a situação fática objeto dos presentes autos e (ii) ausência de similitude fática, ocasião em que sustenta que “*impossível comparar a situação apresentada no Acórdão Paradigma 1, na qual houve a criação artificial de sociedade para atuar como veículo de ágio gerado, com a situação da ABCD, sociedade indispensável para a expansão das atividades da Recorrida, pois por meio desta foi possível promover os atos societários que permitissem às demonstrações contábeis da Recorrida refletirem sua capacidade econômica e do investimento do grupo adquirente.*”, bem como que, diferentemente do

paradigma 2, que acusa o contribuinte de ter praticado negócios fictícios, no caso dos autos “A fiscalização não comprova, nem sequer menciona, a existência de um ato jurídico oculto que corresponderia à real intenção da Recorrida e da ABCD, porque efetivamente não há.” Questiona também o mérito do recurso especial da Fazenda Nacional.

Em seguida, o sujeito passivo opôs embargos de declaração (fls. 3294/3300), que foram rejeitados por meio do despacho de e-fls. 3345/3347. Referida decisão pontuou que, “conforme reconhecido pela própria embargante, o seu pedido para que a Turma viesse a observar no julgamento do recurso voluntário o disposto na novel Lei n.º 13.655/2018, publicada em 26/04/2018, somente foi juntado aos autos na data do julgamento daquele recurso, em 16/05/2018”, e diante disso concluiu: “... não há que se falar em omissão da Turma em pronunciar-se sobre a aplicabilidade, ou não, do art. 24 na LINDB ao caso sob exame, já que a ora embargante deveria ter feito tal pedido em data anterior ao julgamento.”

Diante disso, o sujeito passivo apresentou recurso especial, o qual teve parcial seguimento, em decisão confirmada após agravo. **Não** tiveram seguimento as seguintes matérias:

- i) "Preliminar de nulidade: da não observância da postergação no pagamento de tributos";
- ii) "Preliminar de nulidade: da alteração do critério jurídico";
- iii) "Preliminar de nulidade: do reexame de período já fiscalizado";
- iv) "Preliminar de nulidade: da decadência do direito de lançar o crédito tributário";
- v) "Da ilegalidade dos juros selic sobre a parcela da multa de ofício"; e
- vi) "A aplicação do art. 24 da LINDB

As matérias do **recurso especial do sujeito passivo** que tiveram seguimento foram as seguintes:

- 5) Possibilidade de amortização do ágio "transferido" para empresa do mesmo grupo econômico, através apenas do segundo paradigma (Ac. n.º 1402-001.402).
- 6) A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL, através apenas do segundo paradigma (Ac. n.º 1301-002.047).

A seguir, transcrevo trechos do despacho de admissibilidade, na parte em que deu seguimento ao recurso especial do sujeito passivo (grifos do original):

**5) Possibilidade de amortização do ágio "transferido" para empresa do mesmo grupo econômico (Divergência de interpretação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97).**

Paradigmas indicados e não reformados: Ac. n.º 9101-003.610 e Ac. n.º 1402-001.402 , abaixo ementados.

**Ementa do 1º Paradigma (Ac. n.º 9101-003.610):**

(...)

**Ementa do 2º Paradigma (Ac. n.º 1402-001.402):**

**INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO  
REGULARMENTE CONTABILIZADO. DEDUTIBILIDADE.**

E dedutível a amortização do ágio quando ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital entre partes independentes e lastradas em expectativa real de rentabilidade futura.

A fim de demonstrar a divergência a Recorrente manejou o seu recurso, nos seguintes termos:

(...) 54. Ao analisar a aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, o acórdão recorrido se fundamenta na questão do "real adquirente do investimento" para manter a glosa das amortizações de ágio. A alegação do referido acórdão é no sentido de que não há autorização legal para amortização fiscal de ágio "transferido" por meio de empresa veículo e que, portanto, a sociedade ABCD não se qualificaria como a "real investidora" à luz dos referidos dispositivos.

55. Seguem alguns trechos do acórdão recorrido, começando pela ementa, que ilustram tal posicionamento:

**EMENTA: INCORPORAÇÃO AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO".** Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica sem substância econômica ou finalidade negocial, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, transferido pela original controladora e adquirente do investimento, mormente se verificado que não houve alteração na relação societária inicial.

Fl. 38: No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB.

Isso porque, fora a TIB a empresa que adquiriu as ações da TERRA de terceiros, por meio da subscrição de ações realizada no dia 15/06/1999, assim como a empresa que era detentora dos créditos utilizados na subscrição de ações realizada no dia 27/12/2000. Portanto, a TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD.

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.

56. Entretanto, a interpretação extraída dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 pelo acórdão recorrido ao criar o requisito do "real adquirente do investimento" e a proibição de "transferência" do ágio contraria o que restou decidido pelo E. CARF em situações anteriores semelhantes que envolvem a transferência de capital por sociedade controladora para sociedade controlada para que esta adquira diretamente o investimento com ágio, das quais se destacam dois acórdãos paradigmas, conforme será demonstrado a seguir.

1º Paradigma nº 9101-003.610 (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais)

(...)

**2º Paradigma nº 1402-001.402** (2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção)

62. Conclusão semelhante foi adotada no julgamento do acórdão paradigma n.º 1402-001.402, formalizado pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do E. CARF no processo administrativo n.º 11052.001274/2010-15, em sessão de 09.07.2013.

63. No caso paradigma, a GLOBOPAR integralizou o capital da "empresa veículo" GB filmes com o investimento na GLOBOSAT. Em seguida, a GLOBOSAT incorporou a GB Filmes e iniciou a amortização fiscal do ágio.

64. No corpo do acórdão paradigma n.º 1301-001.950, extraem-se trechos que indicam a equivalência da situação fática e identidade dos dispositivos de lei interpretados no acórdão paradigma:

EMENTA: INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO REGULARMENTE CONTABILIZADO DEDUTIBILIDADE. É dedutível a amortização do ágio quando ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital entre partes independentes e lastreadas em expectativa real de rentabilidade futura.

Fl. 35: (...)

**A matéria foi deveras prequestionada.**

**Análise do 1º Paradigma (Ac. n.º 9101-003.610):**

(...)

**Análise do 2º paradigma - 1402-001.402, que foi assim ementado no essencial:**

(...) INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO REGULARMENTE CONTABILIZADO DEDUTIBILIDADE.

É dedutível a amortização do ágio quando ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital entre partes independentes e lastreadas em expectativa real de rentabilidade futura (...)

Entendo que, na comparação entre as decisões, a divergência resta caracterizada.

Diferente do primeiro paradigma, este caso se amolda ao caso clássico de transferência de ágio tratado no recorrido, sem apresentar aquelas peculiaridades do outro caso que o diferenciaram (**restrições societárias e regulatórias**).

**Com efeito, em síntese, o acórdão recorrido fixou entendimento** no sentido de que a recorrente não poderia se apropriar do ágio porque não foi quem arcou com ônus econômico da aquisição (por meio da subscrição de ações), mas sua controladora (TIB), que promoveu a transferência, para a recorrente, do ágio pago, juntamente com a participação societária, por meio de aumento de capital social, o que se revela perfeitamente através do trecho abaixo. Confira-se:

No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB. Isso porque, fora a TIB a empresa que adquiriu as ações da TERRA de terceiros, por meio da subscrição de ações realizada no dia 15/06/1999, assim como a empresa que era detentora dos créditos utilizados na subscrição de ações realizada no dia 27/12/2000. Portanto, a TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD.

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.

**De outra banda**, em operação bem assemelhada, se deu no âmbito do processo que veiculou o **paradigma**. No caso, também houve transferência de ágio pago por uma empresa para sua coligada, juntamente com participação societária adquirida, por meio de aumento de capital social e, ainda, com utilização de empresa veículo. **Mas o colegiado entendeu que não haveria óbices à amortização do ágio pela empresa que recebeu o ágio transferido juntamente com a participação societária**, desde que a formação do ágio tenha fundamento e não tenha sido impugnada pelo fiscal ("efetivo desembolso do capital (...) partes independentes (...) Expectativa real de rentabilidade futura") Confira-se pelos seguintes trechos do voto condutor do paradigma transcrito pela Recorrente em seu recurso:

(...) Em análises como estas, para efeito de verificação da legitimidade do ágio pago, o que interessa, especialmente, é a formação do ágio. Significa que (i) deve ter ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital, (ii) em operação que envolva partes independentes, (iii) lastreadas em expectativa real de rentabilidade futura. Uma vez diante de tais requisitos, é claro que o ágio pago possuía fundamento e poderá ser amortizado.

Agora, o segundo ponto não deve interferir na análise da legitimidade do ágio registrado. Ou seja; as operações subsequentes que permitirão ao contribuinte amortizar o ágio registrado, desde que se tratem de operações lícitas e legalmente previstas pelo nosso ordenamento jurídico, não tem o condão de desconstituir a natureza de um ágio legítimo.

Também convém sublinhar, que a utilização de empresa veículo, por si só, não é capaz de indicar qualquer irregularidade, já que, em inúmeras situações se verifica a necessidade da criação de uma empresa veículo que viabilize as operações e reestruturações societárias. No caso em análise, o que se verifica é que a empresa veículo não foi fundamental para a amortização do ágio, que já estava sendo amortizado pela Globopar.

Outrossim, o fato de a GB (então controladora) ter sido incorporada por sua controlada (Globosat), também não é capaz de impedir a amortização do ágio, já que nosso ordenamento jurídico possui previsão expressa prevendo a hipótese de incorporação às avessas (S6, II, e caput do art. 386 do RIR/99). A utilização da GB na estrutura da operação foi uma das várias formas possíveis de realizá-la. Lembrando que, se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais seriam os mesmos.

Impedir operações estruturadas dessa forma seria impor aos contribuintes que adotem sempre as operações mais onerosas e burocráticas, o que não merece qualquer respaldo, por ausência de sustentação jurídica. O entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária deve ser aplicado com as devidas ressalvas. Não seria lícito se a alienação do investimento fosse, de alguma forma, simulada, apenas para gerar o ágio e possibilitar a redução da carga fiscal. Contudo, não se pode dizer, diante de ágio não questionado na sua formação, que a Recorrente não possa valer-se da opção menos custosa para efetuar a dedução fiscal do ágio. Por fim, cabe lembrar, no intuito de frisar novamente que merece ressalvas a interpretação fiscal de que o direito de livre organização dos contribuintes está limitado a motivações extrafiscais, que o conceito de propósito negocial e empresa veículo não constam das nossas leis e não tem qualquer relação, ao menos em princípio, com a amortização fiscal do ágio. (Destques da Recorrente).

Por todo o exposto, OPINO por ADMITIR esta matéria, mas tão somente através deste segundo paradigma (Ac. n.º 1402-001.402) ]

**6) A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL**

Paradigmas indicados e não reformados: Ac. n.º 9101-002.310 e Ac. n.º 1301-002.047 , abaixo ementados.

(...)

**Ementa do 2º Paradigma (Ac. n.º 1301-002.047):**

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2010

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE.

Não é ilícita a conduta do investidor que adquire diretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio. Não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL).

(...)

IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA.

A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo. Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 2010

**CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. DEDUTIBILIDADE.**

**Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.**

(...) (Destacou-se)

A Recorrente manejou o seu recurso especial, nos seguintes termos:

(...)

67. Divergência quanto à existência de fundamento legal para a glosa de despesas de ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL.

68. O Acórdão Recorrido manteve o auto de infração em relação a esse ponto por entender que as normas relativas à IRPJ são aplicáveis à CSLL.

69. Ocorre, porém, que tal entendimento não pode prevalecer. Isso porque é manifesto o dissídio jurisprudencial a respeito da matéria, conforme se depreende das ementas abaixo colacionadas, extraídas dos recentes acórdãos paradigmas n.º 9101002.310 e 1301-001.893.

• 1º PARADIGMA n.º 9101-002.310 (1ª turma da CSRF):

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

• 2º PARADIGMA N.º 1301-002.047 (1ª TURMA ORDINÁRIA DA 3ª CÂMARA DO CARF)

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL DEDUTIBILIDADE. Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.

70. Novamente, em razão da comprovada divergência de entendimento a respeito do presente tema verificado na jurisprudência administrativa, deverá essa C. CSRF reconhecer o cabimento do presente Recurso Especial, também no que tange a essa matéria, para, ao final, afastar o entendimento exarado acórdão recorrido, a fim de se reconhecer que, na hipótese de ser considerado o ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ, não há que se falar em sua adição à base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal, nos termos dos acórdãos paradigma mencionados.

#### **ANÁLISE DO PRIMEIRO PARADIGMA**

(...)

#### **ANÁLISE DO SEGUNDO PARADIGMA - Ac. n.º 1301-002.047**

Diferente do paradigma anterior, a leitura dos acórdãos paradigma e recorrido permite verificar que os quadros fático são assemelhados, dado que versaram sobre casos em que se discutiam sobre a dedutibilidade da amortização do ágio incentivado e seu reflexo na CSLL.

Dessa forma, enquanto o recorrido em face da conclusão que a amortização do ágio seria indedutível da base de cálculo do IRPJ, tratou a sua repercussão na base da CSLL como uma matéria reflexa, na medida em que constatou a previsão legal que determinaria a aplicação das mesmas regras de apuração do IRPJ para a CSLL. De outra banda, em sentido oposto, o segundo paradigma tratou a repercussão do ágio na CSLL

como um tema completamente autônomo, aduzindo que não haveria previsão legal específica para indedutibilidade da CSLL mesmo que se mantido o lançamento do IRPJ.

Por outras palavras, enquanto o recorrido entendeu que a tributação da CSLL deveria seguir o destino da tributação do IRPJ; De outra banda, o paradigma entendeu que a tributação da CSLL, em relação à amortização de ágio, deve ter tratamento próprio, em relação tributação do IRPJ.

Pelo exposto, OPINO por ADMITIR esta matéria, mas apenas através do segundo paradigma (Ac. n.º 1301-002.047).

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial do sujeito passivo.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

### **Admissibilidade recursal**

Os recurso especiais são tempestivos. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, a divergência se referir a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência entre os julgados.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante pelo acórdão comparado seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Quando se discute a aplicação de multa qualificada, ademais, muitas vezes as razões do precedente em questão estão intimamente vinculadas ao contexto fático da operação, de maneira que a verificação da existência de divergência jurisprudencial pode se revelar tarefa ainda mais minuciosa, eis que circunstancial.

**Observo que em setembro de 2022, ao iniciar o julgamento do Processo 16643.000425/2010-73, esta 1ª Turma da CSRF analisou a admissibilidade dos recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo em face do acórdão 1201-002.168, julgado na mesma data do acórdão ora recorrido (e que recebeu inclusive numeração sequencial àquele - 1201-002.169).** Enquanto o caso dos autos tratou da autuação referente aos anos calendário 2007 e 2008, o Processo 16643.000425/2010-73 abordou a autuação referente aos mesmos fatos, mas referente aos anos-calendário 2005 e 2006.

As matérias dos recursos especiais da Fazenda Nacional e do sujeito passivo admitidas são as mesmas, com única a diferença de que, no recurso especial da Fazenda Nacional, o paradigma indicado lá foi o acórdão 9101-002.802 (enquanto que no presente caso os paradigmas apontados para questionamento da multa qualificada foram os acórdãos 101-96.724 e 1101-000.899).

A ata de julgamento de setembro de 2022 registrou o seguinte:

Processo: 16643.000425/2010-73

Recorrente(s): TERRA NETWORKS BRASIL S/A e FAZENDA NACIONAL

Decisão: Vista para conselheira Livia De Carli Germano. A relatora votou por conhecer do recurso da Fazenda Nacional, e conhecer parcialmente do recurso do Contribuinte, apenas em relação à primeira matéria “Possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico” e quanto à amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81, vencida a conselheira Livia De Carli Germano que divergiu apenas para não conhecer do recurso da Fazenda Nacional, e o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto que conhecia do recurso contribuinte em maior extensão, também em relação à matéria “dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL”. No mérito, a conselheira Edeli Pereira Bessa (relatora) votou por dar provimento ao recurso da

Fazenda Nacional e negar provimento ao recurso do Contribuinte. Nesse ponto houve o pedido de vista. Os demais conselheiros não se pronunciaram quanto ao mérito. Presidiu o julgamento o conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

### ***Conhecimento – recurso especial da Fazenda Nacional***

A Fazenda Nacional questiona o cancelamento da qualificação da multa de ofício alegando divergência em relação aos paradigmas 101-96.724 e 1101-000.899. Alega que “*a decisão recorrida divergiu frontalmente daquela tomada por outros Colegiados do CARF, os quais, em análise de hipóteses fáticas muito similares à presente, nas quais se observou a criação de um ágio artificial, sem propósito negocial, visando unicamente alcançar-se um benefício fiscal sabidamente indevido, entenderam pela necessidade de qualificação da multa*”.

O sujeito passivo contesta a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional, alegando primeiramente ausência de cotejo analítico entre as razões de decidir dos paradigmas e a situação fática objeto dos presentes autos.

Nesse ponto, observo que a demonstração analítica da divergência é um requisito que consta do RICARF/2015, mas não há norma que indique a forma como tal demonstração deve ser realizada. Na verdade, os requisitos para que se conclua positivamente acerca da demonstração analítica da divergência vão depender do caso concreto. Assim, se em um dado caso for possível compreender a divergência exclusivamente mediante a comparação das ementas, a simples reprodução destas bastará para que se conclua pelo cumprimento desse requisito regimental.

No caso dos autos, a Fazenda Nacional comparou a decisão recorrida com os paradigmas e afirmou o que entendeu por ser a divergência entre elas, e analisando o recurso especial compreendo que a forma como a Recorrente tratou a questão na respectiva peça foi suficiente para que se compreendesse os pontos divergentes entre as decisões comparadas.

Portanto, aqui a resignação do sujeito passivo quanto ao conhecimento não procede.

Para analisar a alegação feita na sessão de julgamento por ocasião da sustentação oral, a respeito da insuficiência recursal do recurso especial da Fazenda Nacional, faz-se relevante examinar os argumentos expostos no acórdão recorrido.

O racional do acórdão recorrido foi muito bem explicado pela Conselheira Edeli Pereira Bessa ao proferir seu voto no julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional nos autos do processo 16643.000425/2010-73. Reproduzo, grifando e excluindo apenas os trechos que fazem referência ao paradigma indicado naqueles autos, eis que os paradigmas indicados pela Fazenda Nacional no presente recurso especial foram diversos:

(...)

A qualificação da penalidade, que a PGFN pretende restabelecer, foi afastada no acórdão recorrido sob os seguintes **fundamentos expressos no voto vencedor de lavra do ex-Conselheiro Paulo Cezar Fernandes de Aguiar**:

Com a devida vênia da i. relatora, as operações realizadas pela atuada e que levaram o fisco à glosa da amortização do ágio não podem, no caso dos autos, dar ensejo à qualificação da multa de ofício.

Pelo que se verifica do contido nos autos, não restou caracterizada uma situação de simulação ou fraude por parte da recorrente. O que se percebe é uma interpretação equivocada do real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio nas reorganizações societárias.

Não é possível afirmar que o processo de reorganização societária empreendido de nada tenha servido aos objetivos empresariais da recorrente.

Também, há que se considerar toda a gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos por parte das empresas ao se estipular a penalidade decorrente da glosa das amortizações que não se amoldam ao texto legal.

Ao tempo da reorganização societária que deu ensejo ao lançamento de que tratam os autos, a recorrente fazia interpretação das normas aplicáveis de forma diversa da que veio a prevalecer posteriormente. No recurso foi alegado:

241. A controvérsia aqui reside em mera divergência quanto à interpretação das normas aplicáveis, já que o procedimento adotado pela Recorrente era aceito pelas autoridades fiscais e corroborado pela jurisprudência do CARF à época dos fatos. Além disso, a Recorrente sempre atendeu a todas as intimações que as autoridades fiscais lhe dirigiram, dando publicidade de todos os atos praticados.

Relativamente a essa alegação, trouxe a recorrente a jurisprudência administrativa abaixo transcrita:

"MULTA QUALIFICADA EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE  
INEXISTÊNCIA IMPROCEDÊNCIA

Nos chamados "planejamentos tributários", constituídos de atos devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias, quando é dado ao fisco conhecer, sem dificuldade alguma, toda a extensão dos negócios engendrados, não cabe a qualificação da penalidade, quando não provada presença de alguma das figuras delituosas." (ACÓRDÃO 107-09.169, Relator Luiz Martins)

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para reduzir o percentual da multa de ofício aplicada de 150% para 75%.

(...)

A acusação fiscal, nestes autos, destaca, especialmente, que *o grupo Telefônica planejou a criação de uma típica empresa veículo, constituída e extinta em curto lapso temporal (dois dias de vida jurídica), com o evidente intuito de transferir o ágio sobre investimento constante da contabilidade da investidora (TIB) para a investida (Terra), por meio da integralização de capital social da empresa veículo ABCD 0011 Participações Ltda., a partir do valor da conta Investimento (mais ágio) relativo a Terra Networks e da conta Empréstimo, também relativa a Terra Networks, e posterior (dois dias depois) incorporação reversa (Terra Networks incorpora empresa veículo).*

Ocorre que o ágio amortizado tem origem em duas operações: i) aquisição, em 15/06/1999, por Telefônica Interativa do Brasil Ltda (TIB) de participação societária na atual Terra Networks Brasil S/A (TERRA, antes NUTEC), originalmente controlada pelo Grupo RBS, com registro de ágio de R\$ 343.272.000,00; e ii) aquisição, em

27/12/2000, por ABCD 0011 Participações Ltda (ABD0011) de participação societária em TERRA, valendo-se de capital integralizado por TIB, com registro de ágio de R\$ 75.400.110,76. Na segunda operação, TIB também transfere para ABCD0011 as ações de TERRA antes adquiridas com ágio, no valor total de 311.681.116,81 (investimento + ágio, com desconto das parcelas já amortizadas contabilmente). Em 29/12/2000, TERRA incorpora ABCD0011 e inicia a amortização do ágio referente à aquisição das próprias ações a partir de 2003. A presente exigência se refere aos anos-calendário 2005 e 2006, e TERRA incorpora TIB apenas em 2008.

Assim, **há uma parcela de ágio decorrente de aquisição por TIB que foi transferida para ABCD0011 depois desta aquisição, e outra parcela de ágio formada na segunda operação, na qual ABCD0011 figurou como adquirente.**

**O voto vencido do acórdão recorrido, mas condutor da decisão na parte em que negou a possibilidade de amortização do ágio, centrou foco na operação de aquisição da participação societária pela ABCD 0011 e concluiu que:**

**No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB.** Isso porque, fora a TIB a empresa que adquiriu as ações da TERRA de terceiros, por meio da subscrição de ações realizada no dia 15/06/1999, assim como a empresa que era detentora dos créditos utilizados na subscrição de ações realizada no dia 27/12/2000. Portanto, **a TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD.**

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.

Para a afirmação de que o ágio amortizado é indedutível são referidos argumentos deduzidos pela PGFN em contrarrazões ao recurso, dos quais destaca-se precedente segundo o qual *em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.*

É sob esta ótica que a relatora do acórdão recorrido, ex-Conselheira Ester Marques Lins de Souza, referirá a existência de uma "empresa de passagem", constituída apenas para geração do ágio e seu subsequente aproveitamento, como uma *construção artificial do suporte fático* que resulta em ágio interno e fictício, sem causa econômica, inclusive na operação de incorporação dessa empresa veículo. Em oposição, o voto vencedor, como antes transcrito, afastará a existência de simulação ou fraude em razão da *gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos.*

Note-se que na apreciação do mérito da exigência principal houve referências às peculiaridades das duas fases de aquisição da Contribuinte. Embora tenha sido dado relevo à existência de uma empresa veículo sem outro propósito negocial que não viabilizar a amortização do ágio, o voto vencido do acórdão recorrido, mas vencedor em relação à exigência principal, incorpora as razões de decidir da autoridade julgadora de 1ª instância nos seguintes termos:

Do crédito originado em mútuo tido contra a Impugnante.

Além de transferir o ágio da contabilidade da TIB para a do fiscalizado, o valor total dos mútuos pactuados entre a TIB e o fiscalizado foram transformados em ágio (R\$ 75.400 mil) e conseqüentemente somado ao valor de R\$ 311.681 mil

para totalizar os R\$ 387.081 mil que o fiscalizado deduziu da base de cálculo do IRPJ e da CSLL a partir de 2003.

A constatação de que o surgimento e a validade do ágio pago na aquisição da impugnante seriam irrelevantes para a lide apresentada também se aplica ao ágio que teria surgido na subscrição de ações da Terra mediante a contribuição de créditos havidos em mútuo entre a TIB e a TERRA. Ainda que fosse válida essa parcela do ágio contabilizado pela impugnante, sua amortização fiscal não seria admitida em razão da desconsideração da criação e incorporação da empresa ABCD 0011.

No tocante a essa parcela do ágio amortizado, a autoridade fiscal apresenta como motivação da glosa não somente a descaracterização do evento de incorporação previsto no artigo 386 do RIR/99, mas também impossibilidade de se transformar um crédito de mútuo em ágio sobre aquisição de investimento.

Apreciado anteriormente o primeiro motivo (desconsideração de empresa veículo) da glosa, cabe esclarecer que também a impossibilidade de créditos de mútuo com a investida serem transformados em ágio configura óbice ao aproveitamento fiscal dessa parcela.

Com efeito, entendo que a subscrição de novas ações emitidas por uma empresa não tem o condão de originar ágio ao adquirente dessas ações, já que não houve efetiva aquisição de nova parcela de investimento (a ABCD já se apresentava como controladora da impugnante).

Logo, o valor de R\$ 75.400.110,76, decorrente de contratos de mútuo tido originalmente pela TIB contra a Impugnante também não pode ser admitido, o que impede a amortização fiscal pretendida pela impugnante em sua integralidade.

Contudo, tal circunstância não foi ressalvada ou enfrentada especificamente na exoneração da qualificação da penalidade.

(...)

Assim sendo, e considerando que o voto vencedor do acórdão recorrido também nada disse acerca das peculiaridades de cada fase da aquisição para distinguir a conduta das partes, há similitude suficiente para discussão do cabimento da multa qualificada sobre as amortizações de ágio consideradas integralmente indevidas no lançamento em debate.

Por tais razões, deve ser CONHECIDO o recurso especial da PGFN.

Conforme já mencionado, no julgamento do processo 16643.000425/2010-73, esta ora Relatora votou pelo não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional interposto naqueles autos pois, ali, compreendi que não restou demonstrada a divergência jurisprudencial entre o voto condutor do acórdão recorrido daqueles autos e o paradigma então indicado, isto é, o acórdão 9101-002.802. **Aqui, por outro lado, os paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional foram outros**, de modo que faz-se necessária a análise de admissibilidade.

Antes, analiso a alegação de insuficiência recursal do recurso especial da Fazenda Nacional.

Nesse ponto, sustenta o patrono da contribuinte que acórdão recorrido possui fundamento autônomo, qual seja, o de que a multa qualificada não seria aplicáveis eis que o sujeito passivo teria se pautado na jurisprudência da época.

O voto vencedor do acórdão recorrido de fato afirmou que “*Ao tempo da reorganização societária que deu ensejo ao lançamento de que tratam os autos, a recorrente fazia interpretação das normas aplicáveis de forma diversa da que veio a prevalecer posteriormente*”. Em seguida, o voto afirma que, no recurso do voluntário, foi alegado que o procedimento adotado pela contribuinte era corroborado pela jurisprudência do CARF à época dos fatos, e que, relativamente a essa alegação, a contribuinte trouxe um julgado, reproduzindo a ementa deste. A ementa do julgado transcrita no texto do voto afirma que não cabe a qualificação da penalidade em caso de “planejamentos tributários’ constituídos de atos devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias”.

A Fazenda Nacional, por outro lado, sustenta a manutenção da multa qualificada aplicada por se tratar de “*criação de um ágio artificial, sem qualquer propósito negocial, com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal sabidamente indevido.*” Não traz argumentos especificamente relacionados à jurisprudência da época, mas percebe-se que os paradigmas por ela colacionados, que mantiveram a qualificação da multa, analisaram operações contemporâneas às dos autos (final da década de 90 e início dos anos 2000). Portanto, tem-se que, pelo menos indiretamente, os paradigmas são aptos a contrapor essa alegação do acórdão recorrido de que, à época dos fatos, não caberia multa qualificada quando as operações fossem todas declaradas com atos devidamente registrados.

O recurso especial da Fazenda Nacional contrapõe, assim, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Passo a analisar a demonstração de divergência jurisprudencial.

Nesse ponto, esclareço que as premissas do voto condutor do acórdão recorrido são as mesmas e nisso não discordei do voto que prevaleceu no processo 16643.000425/2010-73.

É dizer, estamos diante de decisão que manteve a qualificação da multa de ofício em um contexto em que o ágio foi originalmente gerado em aquisição realizada por empresa no Brasil, sendo que há uma parcela de ágio decorrente de aquisição por TIB que foi transferida para ABCD0011 depois desta aquisição, e outra parcela de ágio formada na segunda operação, na qual ABCD0011 figurou como adquirente.

O voto vencido do acórdão recorrido (mas condutor da decisão na parte em que negou a possibilidade de amortização do ágio), centrou foco na *operação de aquisição da participação societária pela ABCD 0011* e concluiu que “*No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB*”. Já o voto vencedor excluiu a qualificação da multa por afastar a existência de simulação ou fraude em razão da *gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos.*

Verifica-se que, no caso dos autos, ao cordão recorrido considerou estar diante de acusação tanto de que a “empresa-veículo” foi interposta para adquirir diretamente o investimento de terceiros quanto para receber, com ágio, investimento já adquirido de terceiros

(o que se costuma chamar de “transferência de ágio”), sendo que **o voto vencedor, quando analisou a multa qualificada, considerou indiferente a participação direta ou indireta da dita “empresa-veículo” na aquisição do investimento de terceiros, tratando seja uma aquisição seja a outra como mera divergência de interpretação da legislação tributária e excluindo assim a acusação de fraude.**

Pois bem.

O **acórdão 101-96.724** é usualmente indicado pela Fazenda Nacional como paradigma para recursos especiais em que esta pretende questionar o cancelamento da qualificação da multa em operações envolvendo glosa de ágio sob acusação de utilização de “empresa veículo”.

Tal precedente tratou de operação em que a dita “empresa veículo” existiu por 2 meses e viabilizou o “surgimento do ágio”, ocorrido mediante subscrição de ações reavaliadas em operação intragrupo. É nesse contexto (de criação de ágio intragrupo por meio da utilização de empresa veículo efêmera) que se fala em simulação autorizadora da multa qualificada.

Esta 1ª Turma da CSRF já rejeitou esse precedente como paradigma de recurso especial da Fazenda Nacional no acórdão 9101-004.562, de 03 de dezembro de 2019<sup>1</sup>, em razão e o precedente comparado, ali, não ter tratado de ágio gerado intragrupo como em tal paradigma:

O caso tratado pelo acórdão 101-96.724 versou sobre lançamento de IRPJ e CSLL com multa de 150% em razão da glosa de despesas com amortização de ágio. O voto condutor de tal decisão não traz, de fato qualquer argumentação específica a respeito da aplicação da multa qualificada, mas dá a entender que tal multa deve ser mantida por ter negado provimento ao recurso, qualificando a conduta de simulação e fazendo observar, na ementa, a seguinte conclusão:

MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

Sobre a operação, o voto condutor do acórdão 101-96.724 assim conclui:

É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97.

A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir uma empresa (a ZBT, constituída em junho de 1998 e extinta em agosto de 1998) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo.

Observa-se, desse trecho que foi relevante para a conclusão daquela turma não apenas o fato de se ter criado uma empresa “inexistente de fato”, mas também a circunstância de a operação ter sido articulada pelos controladores, tendo a operação ocorrido exclusivamente dentro do grupo.

---

<sup>1</sup> Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido por maioria formada pelos Conselheiros Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Junia Roberta Gouveia Sampaio. Divergiram os conselheiros André Mendes de Moura, Viviane Vidal Wagner, Andrea Duek Simantob e Adriana Gomes Rego.

Diante de tal contexto, é de se depreender que, tal turma, se examinasse o caso dos presentes autos, até poderia em tese concluir que a Cosanpar é inexistente de fato, mas não se pode dizer se, mesmo em tal hipótese, seria mantida a qualificação da multa, já que lá outras circunstâncias foram relevantes para a exasperação da penalidade.

Assim, com a devida vênia à conclusão extraída pelo despacho de admissibilidade, compreendo que não deve ser tomado como paradigma para o caso dos autos o acórdão 101-96.724 eis que este chegou a conclusão diversa da do acórdão recorrido a partir da análise de situação fática essencialmente distinta.

Mais recentemente, esta 1ª Turma da CSRF analisou o acórdão 101-96.724 ao votar o acórdão 9101-006.002, de 7 de março de 2022<sup>2</sup>, bem como no acórdão 9101-006.153, de 8 de junho de 2022<sup>3</sup>. Reproduzo o resumo das razões de decidir do paradigma 101-96.724 conforme expostas no voto do ac. 9101-006.002, em trecho que também é citado pelo voto vencido do ac. 9101-006.153:

Quanto ao **paradigma 101-96.724**, este analisou a glosa de amortização de ágio gerado intragrupo relativa aos anos-calendário de 2001 e 2002. O relatório de tal decisão descreve a motivação para a autuação: “Entendeu a fiscalização que a constituição da empresa ZBT TERMINAIS SANTOS S/A. e sua incorporação pela LIBRA TERMINAL 35 S/A foram meras simulações com o objetivo de criar despesas de amortização de ágio para deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social.” Em seguida, o voto assim resume a questão a ser debatida: “a controvérsia se situa entre a caracterização da seqüência de operações como simulação, como quer o autuante, ou como legítima estruturação societária, como quer a Recorrente”. E então decide:

É de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97.

A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir uma empresa (a ZBT, constituída em junho de 1998 e extinta em agosto de 1998) para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo.

(...)

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

---

<sup>2</sup> Neste caso o recurso especial da Fazenda Nacional foi conhecido, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca que votou pelo não conhecimento. Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Andréa Duek Simantob.

<sup>3</sup> O recurso especial da Fazenda Nacional foi conhecido por voto de qualidade, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Gustavo Guimarães da Fonseca e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que votaram pelo não conhecimento. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Edeli Pereira Bessa. Acompanharam o voto pelo conhecimento os conselheiros Andrea Duek Simantob, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Carlos Henrique de Oliveira.

Não há no paradigma 101-96.724 razões para a manutenção da multa qualificada, mas a sua ementa diz:

MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

Depreende-se que o racional do 101-96.724 foi de que, uma vez criado o ágio intragrupo mediante a utilização de empresa existente apenas “no papel”, tanto o ágio é ilegítimo como também a multa deve ser qualificada.

Percebe-se que estão presentes, no caso do paradigma 101-96.724, as características que aponto como relevantes para a caracterização da divergência jurisprudencial, uma vez que analisou a glosa de despesas de amortização de ágio (i) anterior ao período dos autos; (ii) gerado dentro de um mesmo grupo econômico, e (iii) em que a acusação apontou a participação de empresa utilizada como mero canal de passagem, ou sem função dentro do contexto”.

Assim como votei nos ac. 9101-006.002 e 9101-006.153, compreendo que o paradigma **101-96.724** não é apto a comprovar a divergência jurisprudencial porque, diferentemente do caso dos autos, naquele caso a multa qualificada foi mantida em ágio “criado” em operação intragrupo. A divergência entre os resultados de tais julgamentos se dá em razão das diferenças fáticas das operações analisadas, e não em virtude de uma diversidade de qualificação jurídica adotada pelas turmas julgadoras.

Pelo mesmo motivo – isto é, por ter o acórdão 101-96.724 mantido a qualificação da multa em um contexto de ágio criado em operação intragrupo e o precedente com ele comparado não conter tal característica fática – esta Turma rejeitou tal precedente como paradigma no acórdão 9101-006.163, de 12 de julho de 2022<sup>4</sup>, que consignou:

Melhor sorte não se vislumbra com relação ao segundo acórdão paradigma (101-96.724).

Tanto as operações quanto as circunstâncias consideradas ensejadoras da multa qualificada são absolutamente diversas quando se examina o segundo acórdão paradigma.

Aquele acórdão trata de ágio gerado exclusivamente entre partes relacionadas e sem pagamento do preço (ágio interno), mediante a subscrição e integralização de capital com ações da própria empresa “investidora” em empresa veículo, especialmente criada e incorporada em curto espaço de tempo, para propiciar a geração e o aproveitamento do ágio, conforme se extrai dos excertos do voto da ex-conselheira Sandra Maria Faroni, verbis:

[...]

Nota-se que a situação examinada no paradigma é substancialmente distinta do acórdão recorrido, sendo a própria origem do ágio considerada simulada em face da inexistência de fato da empresa supostamente investida (veículo).

Desta feita, não é possível inferir como se posicionaria o colegiado que proferiu o paradigma quanto à qualificação da multa diante da fatos tão diversos do presente caso.

---

<sup>4</sup> Acompanharam o voto do Relator Luiz Tadeu Matosinho Machado pelo não conhecimento do recurso os conselheiros Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli (pelas conclusões) e Gustavo Guimaraes da Fonseca. Divergiram para conhecer do recurso os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Alexandre Evaristo Pinto e Carlos Henrique de Oliveira.

Assim, voto pela rejeição do acórdão paradigma nº 101-96.724

O fato de o acórdão 101-96.724 ter analisado aplicação de multa qualificada em operação envolvendo a criação de empresa veículo para viabilizar a própria geração de ágio dentro do grupo foi o que determinou, também, o não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional no acórdão 9101-006.164, de 12 de julho de 2022<sup>5</sup>, eis que o caso ali comparado também não continha tal aspecto fático. O voto assim consignou:

Quanto ao acórdão 101-96.724, (...)

Novamente, a diferença entre os aspectos fáticos analisados por este precedente e o caso dos autos é marcante, notadamente porque, no caso dos autos, a acusação não é de criação de empresa veículo para viabilizar a própria geração de ágio dentro do grupo. A diferença entre os resultados se dá mais em razão da discrepância entre os aspectos fáticos do que quanto à aplicação de determinada norma jurídica.

Assim, assiste razão ao sujeito passivo quando contesta a admissibilidade do recurso especial quanto ao **paradigma 101-96.724**, que deve ser rejeitado por ausência de similitude fática.

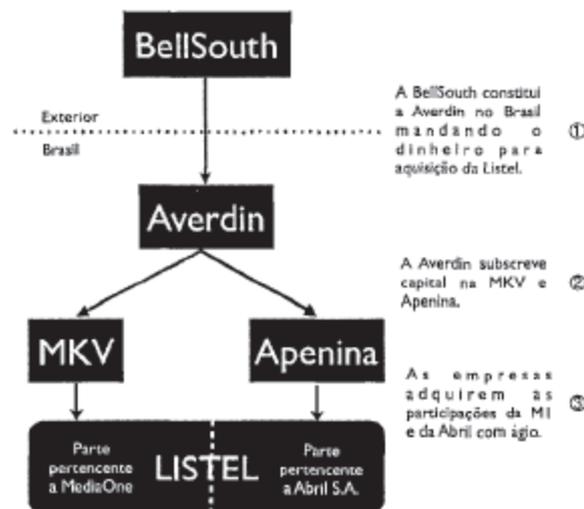
Quanto ao **paradigma 1101-000.899**, este é também outro precedente utilizado de forma recorrente nos recursos especiais da Fazenda Nacional que pretendem discutir a qualificação da multa de ofício nos casos de glosa de despesas com amortização de ágio.

Tal precedente tratou de ágio gerado em aquisição ocorrida em 1999, em que a empresa brasileira é tida como “real adquirente” porque teria fornecido recursos às empresas ditas “veículo” para que estas adquirissem o investimento dos terceiros alienantes, registrando ágio nesta aquisição.

A multa qualificada foi mantida em razão do objetivo de, com as empresas veículo, se “*construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*”. Reproduziu a estrutura analisada em tal precedente e trechos do voto vencedor daquele julgado:

---

<sup>5</sup> Recurso especial da Fazenda Nacional não conhecido por unanimidade, votou pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Participaram do julgamento além desta, os Conselheiros Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira.



... com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A **investidora original, AVERDIN**, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

...

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, LISTEL, somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a extinção da investidora original (AVERDIN), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

...

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o **negócio jurídico praticado foi fictício**, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram **criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta** após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos. Conclui-se, daí, que **a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos**, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Assim, a multa qualificada deve subsistir.

Ao votar o acórdão 9101-004.559, de 3 de dezembro de 2019, esta 1ª Turma da CSRF aceitou à unanimidade<sup>6</sup> o paradigma 1101-000.899 para fins de demonstração de divergência jurisprudencial em comparação com um acórdão recorrido que cancelou a aplicação de multa qualificada na utilização de “empresa veículo” no contexto de operação que envolveu “transferência de ágio” (e não transferência de recursos para que a dita “veículo” adquirisse de terceiros o investimento). Transcrevo trecho do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa quanto ao conhecimento daquele recurso especial da Fazenda Nacional (grifamos):

(...)

A Contribuinte se opõe ao conhecimento do recurso especial da PGFN porque o paradigma n.º 1101-000.899 trataria de prática de negócio jurídico fictício, diversamente do presente caso, cujos atos se destinaram efetivamente à aquisição de um novo investimento.

Todavia, o negócio jurídico classificado como fictício apresenta contornos semelhantes aos verificados na operação sob análise nestes autos. Veja-se o que consta do voto condutor do paradigma.

[...] com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela autuada. A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

[...]

Observo, ainda, que a autoridade lançadora aplicou multa qualificada, por entender que o negócio jurídico praticado foi fictício, montado apenas para gerar uma vultosa exclusão do Lucro Real. E, embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar, os fatos descritos demonstram que a APENINA e a MKV foram criadas apenas para receber em 01/06/99 o capital aplicado na aquisição da LISTEL, a qual migrou do controle indireto exercido pela AVERDIN para o controle direto desta após as incorporações que deram ensejo à amortização do ágio aqui em debate. Nas palavras da Fiscalização, a incorporação da ALIENA e da APENINA pela LISTEL não alterou a composição do capital social da incorporadora, já que as participações daquelas duas no capital da LISTEL eram seus únicos ativos.

Conclui-se, daí, que a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei n.º 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei n.º 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir."

Trata-se, portanto, de ágio pago em aquisição de investimento entre partes não ligadas, mediante interposição de pessoas jurídicas que são extintas mediante incorporação pela sociedade adquirida, viabilizando-se a amortização do ágio, embora a real adquirente subsista ativa. (...)

---

<sup>6</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Andrea Duek Simantob, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Adriana Gomes Rêgo.

Também no acórdão 9101-004.591, de 5 de dezembro de 2019<sup>7</sup> as razões de decidir desse paradigma foram tomadas de forma, digamos, “abrangente” (grifei):

A qualificação da multa foi unicamente baseada no fato de ter sido criada uma estrutura meramente formal para viabilizar a amortização fiscal do ágio apurado. Isso fica claro da leitura dos seguintes trechos do acórdão 1101-000.899:

(...)

Em resumo, no caso do acórdão paradigma, a criação meramente formal de pessoa jurídica -- a chamada "empresa veículo" -- como forma de viabilizar a amortização de ágio (originalmente gerado em operações entre partes não relacionadas) foi considerada ato doloso capaz de se qualificar como a fraude prevista no artigo 72 da Lei 4.502/1964. Já no caso dos presentes autos tal circunstância não foi relevante para o acórdão recorrido, que entendeu se tratar de mera simulação e não de fraude (dolo).

Uma leitura isolada de tal trecho de voto poderia permitir a conclusão de que as razões para a qualificação da multa, ali, poderiam ser desvinculadas da operação então analisada e identificadas tão somente com o fato de se ter criado uma estrutura meramente formal para viabilizar a amortização fiscal do ágio.

Não obstante, especialmente quando se trata de exasperação de penalidade, a questão nunca pode ser tomada “em tese”, mas sempre deve ter relação com a operação sob julgamento. É dizer, afirmações feitas em votos condutores de acórdãos (tais como a frase do voto acima grifada) não podem ser tomadas de forma descontextualizada, já que as razões para a qualificação da multa nunca podem ser desvinculadas dos atos e da acusação especificamente analisados pela Turma por ocasião do julgamento.

Em se tratando de qualificação da multa de ofício, porque a questão envolve a análise do *dolo* do sujeito passivo, somente com um **maior grau de semelhança entre os fatos tomados como relevantes por cada uma das turmas julgadoras** é que se pode afirmar, ou não, a existência de uma genuína divergência jurisprudencial, isto é, uma efetiva contraposição entre as teses jurídicas julgadas pelos acórdãos comparados.

Neste sentido, esclareço que, para mim, não se pode identificar o racional do voto condutor do acórdão 1101-000.899 tão somente com o fato de se ter criado uma estrutura meramente formal para viabilizar a amortização fiscal do ágio, devendo-se considerar, também, a específica estrutura fática ali analisada.

Feita tal ressalva, observo que o paradigma 1101-000.899 tratou de operação que se entendeu ter sido implementada de forma fictícia, em que se pretendeu o registro do ágio pelas chamadas “empresas-veículo” quando estas pretensamente receberam recursos de sua controladora e os utilizaram para adquirir o investimento de terceiros, tendo havido a subsequente incorporação destas, o que permitiu o início da amortização do ágio.

Tais aspectos fáticos **encontram similitude com o caso dos autos**, tendo sido inclusive ressaltadas pelo voto vencido do acórdão recorrido (mas condutor da decisão na parte em que negou a possibilidade de amortização do ágio) quando este conclui, quanto à *operação*

<sup>7</sup> Recurso especial da Fazenda Nacional conhecido por unanimidade. Participaram do julgamento os Conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Andrea Duek Simantob

*de aquisição da participação societária pela ABCD 0011, que “No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB”. Como já se observou, foi esse o contexto que o voto vencedor levou em consideração para excluir a qualificação da multa para todo o auto de infração, afastando a alegação de simulação ou fraude em razão da gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos.*

De se ressaltar que, para o acórdão recorrido, foi indiferente, para fins de qualificação da multa, se a participação da dita “veículo” na aquisição da investida foi direta (aquisição de terceiros) ou indireta (“transferência de ágio”). O voto vencedor tratou, seja uma parcela da aquisição, seja a outra, como mera divergência de interpretação da legislação tributária, excluindo a acusação de fraude e a qualificação da multa para todo o auto de infração.

Neste sentido, o caso dos autos contém circunstâncias fáticas que foram abordadas no paradigma 1101-000.899, sendo que em um caso a multa qualificada foi exasperada e, em outro, mantida, tendo sido **indiferente para o voto vencedor do acórdão recorrido o fato de a participação da dita “veículo” na aquisição da investida ter sido direta (aquisição de terceiros) ou indireta (“transferência de ágio”)**.

Assim, sem razão o sujeito passivo quando contesta a admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional em face do paradigma 1101-000.899. De se observar que, ao contrário do que sustenta o sujeito passivo em suas contrarrazões (quando observa que “A fiscalização não comprova, nem sequer menciona, a existência de um ato jurídico oculto que corresponderia à real intenção da Recorrida e da ABCD, porque efetivamente não há.”), no caso dos autos a acusação analisada é especificamente se a multa qualificada deve ser aplicada quando se interpõe, de forma supostamente artificial/fictícia, empresa-veículo na aquisição da investida TERRA, quando a real adquirente, no entender da autoridade autuante, seria a controladora TIB. Contornos fáticos essencialmente semelhantes aos que, analisados pelo acórdão 1101-000.899, ensejaram a manutenção da multa qualificada.

Ante o exposto, compreendo que a aplicação, ao caso dos autos, do racional do acórdão 1101-000.899 seria capaz de levar a uma alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido quanto à qualificação da multa de ofício.

É com base em tais premissas que oriento meu voto para **conhecer do recurso especial a Fazenda Nacional em face do paradigma 1101-000.899**.

Por fim, uma ressalva importante quanto à **matéria admitida**.

Em suas razões de recurso especial a Fazenda Nacional pretende reformar o acórdão recorrido quanto ao cancelamento da qualificação da multa de ofício, alegando que “O evidente intuito de fraude resta caracterizado quando se vê que o grupo econômico do qual o contribuinte faz parte orquestrou uma série de operações artificiais (ou seja, simuladas) com o exclusivo intuito de promover um falso cumprimento dos requisitos legais exigidos à dedutibilidade do ágio, no caso, como já detalhado, a “confusão patrimonial” exigida pela Lei n.º 9.532/1997 e a existência de laudo para atestar o fundamento econômico do ágio na rentabilidade futura do investimento adquirido.” (grifamos)

O recurso especial está sendo admitido em face do paradigma 1101-000.899, que, diante de operações com contornos fáticos semelhantes, considerou que “*a criação da APENINA e da MKV teve por objetivo, apenas, construir um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos, circunstância que, infringe os incisos II e IV do art. 1º e o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; bem como o art. 72 da Lei nº 4.502/64. Assim, a multa qualificada deve subsistir.*” No paradigma 1101-000.899, seu voto condutor observa que tal conclusão é tomada “*embora a oposição feita ao laudo não mereça prosperar*”. Assim, não se conhecerá, no presente recurso especial, da alegação de que a multa qualificada deveria ser mantida em razão de suposto problema quanto ao laudo de rentabilidade futura.

A questão a ser analisada é, especificamente, aquela para a qual a divergência jurisprudencial foi demonstrada em face do paradigma 1101-000.899, qual seja: se a multa qualificada é aplicável quando mantida a glosa de despesas de amortização de ágio gerado em operação em que se acusa ter havido a interposição artificial de “empresa veículo” na aquisição, de terceiros, de investimento com ágio.

Nesses termos, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional, isto é, especificamente quanto à matéria “qualificação da multa de ofício”.

### ***Conhecimento – recurso especial do sujeito passivo***

O recurso especial do sujeito passivo teve seguimento quanto a duas matérias:

- 5) Possibilidade de amortização do ágio "transferido" para empresa do mesmo grupo econômico, através apenas do segundo paradigma (Ac. nº 1402-001.402).
- 6) A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL, através apenas do segundo paradigma (Ac. nº 1301-002.047).

Esta Turma analisou o seguimento do recurso especial do sujeito passivo para essas matérias ao votar, em setembro de 2022, o recurso interposto os autos do processo 16643.000425/2010-73, nos termos do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, que acompanhei integralmente.

Reproduzo o voto ali proferido e adoto-o como razões de decidir – observando apenas que, quanto à matéria 6 (CSLL), **nestes autos, apenas o paradigma 1301-002.047 foi aceito na análise preliminar realizada pelo despacho de admissibilidade** (e o voto agora o rejeita porque naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ):

Na matéria “Possibilidade de amortização do ágio "transferido" para empresa do mesmo grupo econômico”, o recurso especial teve seguimento com base no Acórdão nº 1402-001.402.

Na referida decisão, foi dado provimento parcial ao recurso voluntário do sujeito passivo *para restabelecer a amortização do ágio registrado na Globopar no montante de R\$ 244.473.073,00*, nos termos do voto vencedor do ex-Conselheiro Carlos Pelá.

Esta parcela do ágio correspondia ao valor reconhecido por ocasião da integralização do capital de GB Filmes e Eventos S/A com ações de Globosat Programadora Ltda detidas por Globo Comunicações e Participações Ltda. Como Globosat Programadora Ltda tinha patrimônio líquido negativo, na equivalência patrimonial todo o valor atribuído à participação societária integralizada (R\$ 244.475.073,00) foi atribuído a ágio. Com a incorporação de GB Filmes e Eventos S/A por Globosat Programadora Ltda, esta passou a amortizar o ágio escriturado.

O outro Colegiado do CARF superou a argumentação de que o ágio somente seria dedutível se Globosat Programadora Ltda fosse incorporada por Globo Comunicações e Participações Ltda, bem como a antecedente afirmação de que a operação não envolveu partes independentes, observando que:

É ponto essencial no deslinde da controvérsia esclarecer que esse ágio no valor de R\$ 244.475.073,00 foi apenas transferido para a GB no momento em que a Globopar aumentou seu capital.

Conforme laudo de avaliação de fls. 285/286, a Globopar já havia, inclusive, amortizado, por mais de 10 meses, parcelas do ágio em questão.

Portanto, o que se vê é que a Globopar apenas transferiu à GB o saldo de ágio não amortizado.

Qualquer que tivesse sido o bem recebido por GB em contrapartida do seu aumento de capital, o respectivo custo de aquisição, para GB, seria o mesmo: o montante do aumento de capital. Como um dos ativos recebidos pela GB foi um investimento na Recorrente sujeito à contabilização pelo MEP, coube a ela, por força da legislação, desdobrar o respectivo custo de aquisição em PL e ágio.

A legitimidade do ágio registrado inicialmente pela Globopar face à expectativa de rentabilidade futura da Globosat não foi questionado pela fiscalização no seu contexto inicial, ou seja, face à operação que lhe deu causa, quando a Globopar efetuou a aquisição de cotas da Globosat com desdobramento do preço pago em PL e ágio.

Com efeito, quisesse a fiscalização questionar a legitimidade desse ágio, deveria, na linha do quanto aduzido, ter questionado a operação inicial, o pagamento feito pela Globopar na aquisição do investimento, suas condições, etc., no momento em que a Globopar desdobrou o preço pago e registrou o ágio. Ou, ainda, conforme opinião de alguns, no momento em que a Globopar amortizou as primeiras parcelas desse ágio.

Se não o fez, não cabe agora, no contexto das operações subseqüentes, glosar a amortização desse ágio na Recorrente.

Também convém sublinhar, que a utilização de empresa veículo, por si só, não é capaz de indicar qualquer irregularidade, já que, em inúmeras situações se verifica a necessidade da criação de uma empresa veículo que viabilize as operações e reestruturações societárias.

No caso em análise, o que se verifica é que a empresa veículo não foi fundamental para a amortização do ágio, que já estava sendo amortizado pela Globopar.

Outrossim, o fato de a GB (então controladora) ter sido incorporada por sua controlada (Globosat), também não é capaz de impedir a amortização do ágio, já que o nosso ordenamento jurídico possui previsão expressa prevendo a hipótese de incorporação às avessas (§ 6º, II, e caput do art. 386 do RIR/99).

A utilização da GB na estrutura da operação foi uma das várias formas possíveis de realiza-la. Lembrando que, se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais da operação seriam os mesmos.

Impedir operações estruturadas dessa forma seria impor aos contribuintes que adotem sempre as operações mais onerosas e burocráticas, o que não merece qualquer respaldo, por ausência de sustentação jurídica.

Assim, sob a premissa de que o ágio já existia na escrituração de Globo Comunicações e Participações S/A, e que a autoridade fiscal não questionou sua formação, a dedutibilidade das amortizações foi afirmada sob a premissa de que a utilização de empresa veículo não representaria óbice a este aproveitamento.

Neste olhar, referido paradigma presta-se a reformar a premissa do acórdão recorrido relativamente à primeira parte do ágio amortizado, originalmente formada no patrimônio de TIB quando da aquisição das participações detidas em TERRA pelo Grupo RBS. A conclusão do paradigma, no sentido de que *se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais da operação seriam os mesmos* reformaria a conclusão do acórdão recorrido, de que a incorporação de ABCD por TERRA não permitiria a amortização fiscal do ágio, vez que *TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD*.

Adicione-se que ambos os casos contemplam a peculiaridade de a investida possuir patrimônio líquido negativo e todo o investimento ser convertido em ágio amortizado na equivalência patrimonial promovida no registro inicial e na transferência. Nota-se, ainda, que o ágio inicialmente registrado em TIB e Globo Comunicações e Participações S/A também havia sido, em parte, amortizado contabilmente antes da transferência à empresa veículo.

Assim, quanto às amortizações decorrentes do ágio registrado em ABC0011 no valor de R\$ 311.681.116,81, a divergência resta caracterizada.

Porém, com referência à segunda parte do ágio, constituída originalmente na empresa veículo ABCD0011 mediante aporte de capital correspondente a empréstimo devido por TIB em face da Contribuinte, e destinado por ABCD0011 para subscrição de participação societária em TERRA, a análise de mérito do principal exigido, como demonstrado na análise de conhecimento do recurso especial da PGFN, constante do voto vencido do acórdão recorrido, mas vencedor nesta parte, incorpora fundamentos adicionais, trazidos pela autoridade lançadora para concluir que *o valor de R\$ 75.400.110,76, decorrente de contratos de mútuo tido originalmente pela TIB contra a Impugnante também não pode ser admitido* e, assim, negar provimento ao recurso voluntário da Contribuinte.

São estes os fundamentos que, expressos pela autoridade lançadora, foram validados na decisão de 1ª instância e adicionados como motivação para manutenção da exigência nesta segunda parte do ágio amortizado:

É fundamental salientar que, do total do ágio registrado (R\$ 387.081 mil) na contabilidade da Terra Networks Brasil S/A após essa sequência de operações ficcionais, o montante de R\$ 75.400 mil representava os empréstimos entre a TIB e o fiscalizado (fls. 241 a 252) e jamais foi ágio, nem na contabilidade da TIB nem na contabilidade da ABCD 0011, de forma que seu registro como ágio na contabilidade da Terra Networks, e posterior amortização, é absolutamente irregular.

[...]

Ainda que tais despesas fossem dedutíveis, ad argumentandum tantum, as normas que regem a matéria permitem a dedução do ágio de, no máximo, 1/60 avos por mês. No caso concreto, significaria deduzir, em 2006, R\$ 62.336 mil por ano, no máximo, já que o ágio original transferido para o fiscalizado era de R\$ 311.681 mil, lembrando que os outros R\$ 75.400 mil estavam na conta de empréstimo (mútuos entre TIB e Terra, conforme fls. 241 a 252) e não poderiam, de forma alguma, ser computado na conta de ágio criado na contabilidade do fiscalizado. Portanto, também nesse aspecto, o fiscalizado ignorou a Lei 9.532/97, que disciplinou a matéria:

[...]

Ressalte-se que circunstâncias semelhantes também estavam presentes no paradigma nº 1402-001.402, mas nesta parte, o outro Colegiado do CARF decidiu, *por votos de qualidade, para manter a glosa referente à amortização do ágio no montante de R\$ 155.070.629,95. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez, que votaram por restabelecer a amortização integral dos ágios.* Como pode ser constatado na transcrição do voto vencido, nesta parte condutor do paradigma, há, na verdade, convergência entre os acórdãos comparados:

Noutro ponto, tem-se a dedução como ágio do montante de R\$ 155.070.629,95, gerado a partir de créditos de R\$ 160.000.000,00 que a Globopar detinha originalmente junto à própria interessada (Globosat).

A Globopar integralizou 160.000.000 ações da GB, mediante a capitalização de parte dos créditos que detinha junto à interessada (Globosat), no valor total de R\$ 160.000.000,00.

A GB, por sua vez, aportou capital (integralizou aumento de capital) na interessada (Globosat), com créditos que passou a deter perante esta empresa, no valor de R\$ 160.000.000,00.

Com o aporte de capital de R\$ 160.000.000,00, o PL da empresa interessada (Globosat), que era negativo em R\$ 155.070.629,95, passou a ser positivo em R\$ 4.929.370,05. Em razão da aplicação do MEP pela controladora GB, o montante de R\$ 4.929,370,05 foi reconhecido como investimento e o restante R\$ 155.070.629,95 foi reconhecido como ágio.

Com a incorporação da GB pela interessada (Globosat), esta passou a deduzir o ágio.

Analisando o conjunto das operações, sucessivamente ocorridas, constata-se que a interessada, ao final, conseguiu transformar um direito de crédito (ativo circulante ou ativo realizável) que a Globopar detinha contra a Globosat, em despesa de ágio (investimento – ativo diferido).

Em outras palavras: a Globopar detinha créditos junto à interessada (Globosat). Se fossem seguidas as regras de incorporação previstas no art. 386 do RIR/1999, e a Globopar incorporasse a Globosat ou vice-versa, não haveria que se falar em ágio, já que, simplesmente, a obrigação, no valor de R\$ 160.000.000,00, se extinguiria em razão de confusão (art. 381 CC/2002), pois a mesma pessoa se confundiria nas qualidades de credor e devedor.

Ao introduzir a GB na reestruturação societária, buscou-se criar um ágio a partir das operações de aporte de capital e posterior incorporação acima mencionadas. Penso que este ágio formalmente criado não tem fundamento econômico. O que ocorreu foi que o direito de crédito, antes pertencente a Globopar, foi transferido, em razão da integralização, para a GB, e, posteriormente, com a incorporação desta, para a Globosat. Curiosamente, a Globosat passou a condição de credora

de si mesmo. Do mesmo modo, tal obrigação estaria extinta em razão da confusão (art. 381 CC/2002).

Portanto, se algum ágio foi criado e contabilizado na interessada, obviamente que tal ágio jamais poderia ser dedutível, já que uma obrigação do interessado (direito de crédito da Globopar contra o interessado), nunca poderia dar ensejo a um benefício fiscal para o próprio interessado (dedução de ágio). Falta fundamento econômico para tal ágio.

Assim, não há divergência jurisprudencial demonstrada em relação às amortizações decorrentes do ágio constituído em ABCD0011 no valor de R\$ 75.400.110,76, razão pela qual o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE em relação à primeira matéria.

Já com referência à segunda matéria admitida (“A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL”), o dissídio jurisprudencial foi reconhecido em face dos paradigmas n.º 1301-001.394 e 1301-002.047.

Como visto, as amortizações de ágio foram consideradas indedutíveis por ausência de previsão legal que autorize a transferência a empresa veículo dos valores incorridos na aquisição de participação societária. No caso, *TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD*, de modo que a incorporação de ABC0011 por TERRA não satisfaz as condições expressas nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97.

Frente ao questionamento adicional da Contribuinte, no sentido de que inexistiria *dispositivo legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a essa contribuição as disposições relativas ao IRPJ*, o Colegiado *a quo* decidiu que:

Quanto a exigência da CSLL, após a vigência do art. 28 da Lei 9430/1996, *“Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei”*, ou seja, as mesmas normas aplicáveis ao IRPJ.

Os julgamentos do CARF tem reiterado esse entendimento, a exemplo do acórdão CSRF 01-04.686.

*CSLL, aplicam-se as mesmas conclusões em relação ao lançamento principal, por decorrerem dos mesmos fatos.*

#### DECORRÊNCIA CSLL

*Em se tratando de contribuição que tem por base os mesmos fatos que ditaram o lançamento do imposto de renda, o lançamento para sua cobrança é reflexivo e, assim, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejudgado na decisão do processo decorrente.*

Portanto, cabe manter a exigência da CSLL sobre a glosa da amortização do ágio em comento.

Sob esta ótica, na medida em que primeira matéria admitida deve ser conhecida, esta segunda matéria teria utilidade, apenas, para afastar a CSLL caso mantida a indedutibilidade das amortizações de ágio no âmbito do IRPJ.

Contudo, importa notar que a discussão, nestes autos, foi posta no sentido de inexistência de norma que **impeça a dedutibilidade** das amortizações de ágio na base de cálculo da CSLL. Já no paradigma n.º 1301-001.394 tratava-se de **exigência de**

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

Assim, enquanto nestes autos discute-se se os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 permitiriam escriturar amortizações de ágio pago por outra pessoa jurídica e, assim, afetar a base de cálculo da CSLL, no paradigma questiona-se se uma amortização de ágio escriturada e redutora do lucro líquido contábil pode ser adicionada pela autoridade fiscal à base tributável pela CSLL, com fundamento em regra outra – art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, incorporado ao art. 391 do RIR/99 - que determina essa adição ao lucro real, no âmbito do IRPJ.

Os cenários fático e jurídico dos acórdãos comparados são distintos.

Quanto ao paradigma nº 1301-002.047, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte teria interesse em discutir nestes autos sob esta matéria autônoma, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Constata-se, assim, que a Contribuinte não logrou apresentar paradigmas que caracterizem o dissídio pretendido de forma autônoma. A exigibilidade da CSLL, portanto, somente será apreciada como decorrência do que decidido em relação ao IRPJ, em linha com o afirmado no acórdão recorrido.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte, apenas em relação à primeira matéria “Possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico” e quanto à amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81.

Em síntese, quanto às glosas de amortizações, não é possível decidir todo o mérito diante da divergência evidenciada pelo paradigma nº 1402-001.402.

A conclusão do paradigma, no sentido de que *se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais da operação seriam os mesmos* reformaria a conclusão do acórdão recorrido, de que a incorporação de ABCD por TERRA não permitiria a amortização fiscal do ágio, vez que *TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD*. Mas, na segunda parte do ágio, constituída já na empresa veículo ABCD0011 mediante aporte de capital correspondente a empréstimo detido por TIB em face da Contribuinte, e destinado por ABCD0011 para subscrição de participação societária em TERRA, em circunstâncias semelhantes às do paradigma, tem-se que neste a decisão foi, *por votos de qualidade, para manter a glosa referente à amortização do ágio no montante de R\$ 155.070.629,95. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez, que votaram por restabelecer a amortização*

*integral dos ágios*. Assim, no que se refere à parcela de ágio de R\$ 75.400.110,76, os acórdãos comparados são nesta parte convergentes.

Portanto, em relação à primeira matéria “5) *Possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico*”, o conhecimento do recurso especial deve se limitar à amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81, valor integralizado com participação societária, eis que não há paradigma para a parcela de ágio referente aos mútuos. Já quanto à matéria “6) *CSLL*”, não se conhece do recurso especial eis que no paradigma 1301-002.047 a CSLL foi cancelada juntamente com o IRPJ.

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer parcialmente do recurso especial do sujeito passivo, apenas quanto à matéria “*Possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico*”, e especificamente para a amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81.

## **Mérito**

### ***Mérito - Recurso especial da Fazenda Nacional***

Inicialmente registre-se que o recurso fazendário não resta prejudicado caso seja dado provimento ao recurso especial da Contribuinte, porque a prevalecer seu conhecimento parcial, a multa qualificada subsistirá em debate na parte aplicada sobre as amortizações de ágio não alcançadas pela decisão do recurso especial da Contribuinte.

Conforme exposto no trecho dedicado à admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional, não se conhecerá, aqui, das objeções feitas na peça recursal quanto ao laudo de rentabilidade futura, eis que para essa matéria não restou demonstrada a divergência jurisprudencial.

A questão a ser analisada é, especificamente, se está correta a qualificação da multa de ofício diante da estrutura adotada pelo sujeito passivo, qual seja, a interposição de “empresa veículo” na aquisição de participação societária de terceiros, que permitiu o suposto registro, por tal “veículo”, de ágio na aquisição do investimento, tendo havido o subsequente início da amortização de tais despesas quando da incorporação de tal “veículo” pela investida.

No caso dos autos, como já afirmado, há uma parcela de ágio decorrente de aquisição por TIB que foi transferida para ABCD0011 depois desta aquisição, e outra parcela de ágio formada na segunda operação, na qual ABCD0011 figurou como adquirente. O voto vencido do acórdão recorrido (mas condutor da decisão na parte em que negou a possibilidade de amortização do ágio), centrou foco na *operação de aquisição da participação societária pela ABCD 0011* e concluiu que “*No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB*”. Já o voto vencedor excluiu a qualificação da multa por afastar a existência de simulação ou fraude em razão da *gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de*

*investimentos*, não fazendo distinção entre as parcelas de ágio registradas por aquisição direta ou “transferida”.

A acusação quanto à multa qualificada assim constou do TVF (fls. 1041-1043):

(...)

A fiscalizada estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial das operações societárias em pauta e do intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, e evidencia essa condição ao descrever as etapas do planejamento tributário abusivo, descrito no documento "histórico ágio ABCD doc" (fls. 40 a 42 do PAF N.º 16643.000425/2010-73), na verdade, reproduzindo o que já consta claramente dos documentos que amparam as operações societárias (Atas, alterações do contrato social, Protocolo de Incorporação), como se extrai de forma explícita do subitem 1.3 do item Justificação do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Terra Networks Brasil SA e ABCD 0011 Participações Ltda. (fl. 274 do PAF N.º 16643.000425/2010-73), que afirma:

**"1.3 Considerando que ABCD é detentora do ágio relativo ao investimento na TERRA, o qual poderá ser aproveitado fiscalmente pela TERRA após a incorporação da ABCD, nos termos da legislação em vigor;" (grifo meu)**

A multa prevista no art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96 é cabível nos casos de "falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata". Não há como olvidar-se de que o caso concreto envolve um conjunto de atos muito distintos do que a meta falta de pagamento ou de declaração. Não há como equiparar a hipótese de omissão do contribuinte — ao não efetuar o pagamento ou a declaração ou fazer a declaração de forma inexata, sem o devido zelo — com a postura notoriamente proativa da Terra Networks Brasil SA e do grupo Telefonica que a controla, que promoveu a criação de uma empresa veículo (ABCD 0011) por meio das advogadas [...] (conforme já explicado anteriormente), adquiriu suas quotas por R\$ 100,00 para em seguida subscrever novas quotas, subscrevê-las e integralizá-las por meio de ações da Terra Networks Brasil SA (ex-Nutec), para depois de dois dias extinguir a empresa veículo (ABCD 0011) por meio da operação de incorporação reversa, fazendo com que a Terra Networks Brasil SA voltasse a ser controlada direta da TIB, após ter passado dois dias como controlada indireta.

É evidente que esse conjunto de iniciativas e, sobretudo, ao fato consumado de, intencionalmente, reduzir ou evitar o pagamento do imposto devido nos anos-calendário em pauta, não pode receber a mesma punição prevista para os casos em que o contribuinte tão-somente deixa de realizar o pagamento ou a declaração.

Haveria outra forma, essa, sim, lícita, de tornar dedutível o ágio sobre investimento (decorrente da aquisição da Nutec), que seria a efetiva incorporação do fiscalizado pela sua controladora (TIB) ou a incorporação de sua controladora (TIB) pelo fiscalizado, o que veio a ocorrer apenas no final do ano de 2008, quando o fiscalizado já tinha deduzido praticamente todo o ágio.

Entretanto, o contribuinte optou pela simulação, pela sequência de atos apenas formais, sem conteúdo econômico ou propósito comercial, com intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, o que configura abuso de forma, simulação e fraude. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

A acusação é de “*fato consumado de, intencionalmente, reduzir ou evitar o pagamento do imposto*” por meio da utilização de uma “*sequência de atos apenas formais, sem*

*conteúdo econômico ou propósito negocial*”, que foi qualificada juridicamente como “*abuso de forma, simulação e fraude*”.

Não há a indicação da prática de qualquer ação ou omissão que configure ato tipificado como ilícito, mas apenas de se ter realizado atos em sequência que se revelaram ter sido praticados apenas na forma jurídica.

Em casos tais, tenho compreendido que, uma vez provada a acusação fiscal, a questão se resolve com a requalificação dos fatos para fins fiscais, tributando-se a situação real, como fez o voto vencido do acórdão recorrido.

Desconsidera-se a participação da veículo, quando provado, por meio de indícios convergentes, que a sua participação na operação ocorreu apenas em ternos formais, apenas “no papel”. Mas não se pode afirmar ter havido dolo punível com a qualificação da multa de ofício nesse tipo de implementação e atos de “planejamento tributário”.

De fato, ordinariamente<sup>8</sup> a legislação prevê 3 escalonamentos para as multas tributárias. Em caso de simples mora, a multa é graduada conforme o atraso e está limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei 9.430/1996). Caso verificada, por meio de lançamento de ofício (auto de infração), falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração ou declaração inexata, a multa será, em regra, aplicada no percentual de 75%, independentemente da intenção do agente (art. 136 do CTN e art. 44, I, da Lei 9.430/1996).

Por outro lado, se, para além de tal situação, a situação se encaixar “*nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964*” (artigos que definem, respectivamente, sonegação, fraude e conluio), aí sim a multa é então duplicada e atinge o percentual de 150% (art. 44, I e §1o, da Lei 9.430/1996).

Em resumo, as infrações fiscais verificadas por meio de auto de infração já são penalizadas com o acréscimo de 75% do valor devido (no lugar da multa de mora de 20%), independentemente da intenção do agente, mas a sua duplicação (a qualificação) é situação excepcional, autorizada apenas se verificadas as situações específicas previstas na legislação.

Há relativo consenso de que a qualificação da multa de ofício depende da comprovação de dolo do sujeito passivo. Os debates estão mesmo nos casos concretos, quando se busca definir o que caracterizaria o dolo subjacente à prática dos atos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964.

Nesse ponto, é importante ressaltar uma das principais diferenças entre o tipo tributário e o tipo penal, que é o fato de o tipo tributário conter em sua hipótese uma ação que é, e sempre será, a princípio, lícita (ex.: “auferir renda”), enquanto que o tipo penal contém uma ação será considerada ilícita (ex: “matar alguém”). Ter essa diferença em mente é essencial na análise do dolo.

É que somente pode haver dolo na prática de um ato ilícito. Ora, se “auferir renda” não é, a princípio, ilícito, então é necessário analisar qual teria sido o específico ato ilícito

---

<sup>8</sup> Há outras multas por situações específicas tais como a multa isolada em caso de falta de recolhimento de antecipações mensais (art. 44, II, Lei 9.430/1996), multa agravada pelo não atendimento à fiscalização (art. 44, par. 2o da Lei 9.430/1996) e multas por desatendimento a obrigações acessórias.

praticado pelo sujeito passivo a ser considerado doloso e assim penalizado pela aplicação da multa qualificada.

O fato de se ter interposto na operação uma empresa dita “veículo”, sem que se logre comprovar a sua participação real na operação, quando devidamente provado, pode dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários, mas não há nenhuma regra que estabeleça que tais atos não possam ou não devam ser realizados.

A prática de atos que não sejam proibidos, quando também não se esteja obrigado a praticá-los de outra forma, não pode ser considerado cometimento de um ato ilícito.

Neste sentido, não merece reparos o acórdão recorrido quando conclui que o que ocorreu foi mera divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável, isto é, enquanto o sujeito passivo entendeu que o registro de ágio em questão, seguido da incorporação, daria ensejo à respectiva amortização fiscal, a autoridade autuante concluiu de forma contrária.

Assim, não há que se falar em qualificação da multa no caso dos autos. O vício, no caso, é meramente de causa e não de vontade, conforme racional exposto pelo Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio no acórdão 1401-001.675, de 2016:

Na simulação por vício de vontade, há o requisito do falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes declaram algum aspecto que seja falso, portanto, uma vontade aparente ou simulada (simulação absoluta), ou algum aspecto que tem por objeto encobrir outro de natureza diversa, portanto, uma vontade aparente ou simulada que encobre uma vontade real ou dissimulada (simulação relativa ou dissimulação). Trata-se, com efeito, das hipóteses em que se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais. Estamos fora do campo dos planejamentos tributários propriamente ditos.

Por outro lado, na simulação por vício de causa, situações em que se verificam os planejamentos tributários inoponíveis ao Fisco, inexistem condutas maculadas pelo falseamento ou manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas.

De se observar, ademais, que **no caso dos autos trata-se de ágio efetivamente gerado em operação envolvendo terceiros, sendo que a participação da “veículo” na operação não se deu com forma de “criar” o ágio, mas apenas para permitir a confusão patrimonial que a lei coloca como requisito para dar início à sua amortização fiscal.** Essa circunstância é um **reforço de argumentação** para indicar que, aqui, não houve, definitivamente, dolo do sujeito passivo.

Não vejo como manter a qualificação da multa de ofício quando **a própria autoridade autuante afirma ter sido válido o ágio gerado na operação,** questionando apenas a operação que deu ensejo ao início de sua amortização fiscal. Nas palavras da autoridade autuante (fl 1045):

(...) As despesas com amortização de ágio tornaram-se dedutíveis, para fins fiscais, a partir da efetiva operação de incorporação da TIB pelo fiscalizado, o que ocorreu apenas em 14 de novembro de 2008. Portanto, a partir dessa data, o fiscalizado pode deduzir tais valores, no limite de 10 anos e na fração máxima de 1/60 ao mês. Dentro desses limites, é o contribuinte quem determina o quantum deseja abater na apuração do lucro real de cada ano, e não a fiscalização.

Nesse ponto, observo que, exatamente por considerar válido o ágio e questionar apenas o evento que deu ensejo à possibilidade de sua amortização fiscal, a autoridade autuante dedica todo um trecho do TVF para sustentar que não seria caso de mera inobservância do regime de competência ou de inexistência quanto ao período-base de escrituração das despesas, e é aí que ela afirma, de forma mais categórica, a acusação de prática de “*atos simulados com o objetivo de "fabricar" despesas sem qualquer lastro com a realidade*”.

Não obstante, como visto, não houve efetivamente a “fabricação de despesas” no sentido de sua “criação artificial”, mas apenas a prática de atos que o sujeito passivo entendeu como suficientes para ensejar o início da amortização fiscal do ágio, mas que a autoridade autuante compreendeu como tendo sido praticados meramente na forma, o que levou à requalificação dos respectivos efeitos tributários com a consequente glosa das despesas.

Trata-se de divergência de qualificação jurídica dos fatos, isto é, entendimento diverso quanto aos efeitos tributários dos atos tais como praticados pelo sujeito passivo.

Ante o exposto, oriento meu voto para **negar provimento** ao recurso especial da Fazenda Nacional.

### ***Mérito - Recurso especial do sujeito passivo***

O voto condutor do acórdão recorrido afirma a impossibilidade de se realizar o que chama de “transferência de ágio”, seguindo linha interpretativa acerca do alcance da Lei 9.532/1997 que se tornou conhecida neste CARF e que tem como um de seus expoentes exatamente o acórdão 9101-002.186, de janeiro de 2016, que é inclusive citado por tal decisão, veja-se:

Como visto, a norma em análise, acima reproduzida (Lei nº 9.532/97) se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.

A autoridade fiscal bem explicou o permissivo legal para que pudesse se dar a legitimidade para amortização do ágio no caso presente:

No presente caso, teríamos a ocorrência da permissão legal (art. 386 do RIR/99) para deduzir o ágio decorrente da aquisição da Terra Networks Brasil SA pela Telefônica Interactiva do Brasil Ltda (TIB), caso a TIB (controladora) tivesse incorporado a Terra Networks (controlada) ou mesmo que a Terra Networks tivesse incorporado a TIB, porque a legislação permite o aproveitamento fiscal do ágio em casos de incorporação reversa.

Entretanto, não foi isso que ocorreu. A Terra Networks, no período sob análise, não incorporou nem foi incorporada pela TIB, cuja contabilidade registrava o ágio decorrente da aquisição da Nutec Informática SA (hoje denominada Terra Networks Brasil SA).

No caso sob análise tem-se que o real investidor que adquiriu as ações da TERRA não fora a empresa ABCD, mas sim a empresa TIB. Isso porque, fora a TIB a empresa que adquiriu as ações da TERRA de terceiros, por meio da subscrição de ações realizada no dia 15/06/1999, assim como a empresa que era detentora dos créditos utilizados na subscrição de ações realizada no dia 27/12/2000. Portanto, a TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD.

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.

É o que se depreende do Acórdão n.º 9101-002.186, de cuja ementa se extrai: (...)

Mais recentemente, essa linha tem sido rechaçada por esta 1ª Turma da CSRF, a exemplo do acórdão 9101-006.240, de 9 de agosto de 2022:

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

**Ano-calendário: 2010**

**ÁGIO. EMPRESA VEICULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE.**

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo.

Se o Fisco não questiona a efetividade da operação ou da participação da pessoa jurídica dita “veículo”, não há base para que se trate o negócio, para fins tributários, diferente de como ele efetivamente foi praticado.

*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.*

Da mesma forma, acórdão 9101-006.363, de 8 de novembro de 2022:

**ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. TRANSFERÊNCIA, PARA EMPRESA DO GRUPO, DO INVESTIMENTO ADQUIRIDO DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.**

Na redação original da Lei 9.532/1997 o ágio corresponde ao resultado da operação aritmética correspondente à diferença entre o valor despendido na aquisição de uma determinada participação societária e o valor patrimonial da sociedade adquirida. Cada vez que uma participação societária é adquirida por um valor acima do valor patrimonial, a então adquirente registra “um ágio”. Não há que se falar em “transferência de ágio” nesse contexto, nem de

impossibilidade de se amortizar “ágio transferido”. Tal legislação não condiciona a amortização fiscal do ágio a uma “aquisição original” no grupo.

(...)

(...) *Relativamente ao recurso do Contribuinte, no mérito, acordam em: (i) por determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar-lhe provimento para cancelar a infração referente à “amortização de ágio”, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Carlos Henrique de Oliveira que votaram por manter essa exigência;*

Não obstante, diferentemente, a leitura do Termo de Verificação Fiscal que dá base à acusação destes autos revela que **o questionamento da amortização fiscal do ágio no presente caso não se restringe a tal argumento.**

O voto condutor do acórdão recorrido rebate também os argumentos do sujeito passivo acerca dos “*legítimos propósitos negociais*” para a realização da operação, bem como acerca da “*legitimidade no registro do ágio referente ao saldo dos contratos de mútuo*” -- não comentarei este último tendo em vista que o recurso especial não teve seguimento para esta parte do ágio.

Quanto aos “legítimos propósitos negociais”, o acórdão recorrido adota e transcreve os fundamentos da decisão da DRJ, que, em síntese, afirmam que “**a criação e posterior incorporação reversa da empresa ABCD 0011 Participações Ltda. não revelou qualquer substância econômica ou propósito negocial, e não poderia, jamais, criar direitos oponíveis ao Fisco.**” (grifamos)

Como fatos a corroborar a conclusão acima – que nada mais faz do que desconsiderar a participação da ABCD na operação --, o trecho do **acórdão da DRJ** citado pelo acórdão recorrido aponta a existência efêmera da ABCD (apenas 2 dias), bem como “*a constatação de que não houve alteração na riqueza do grupo e nem na relação entre a fiscalizada TERRA e sua controladora TIB*”.

É nesse contexto que a decisão coloca em xeque o argumento do sujeito passivo de que haveria propósito econômico para a criação e extinção da ABCD, consistente no saneamento da situação patrimonial negativa da fiscalizada TERRA, mediante o registro integral da contrapartida ao ágio pago na aquisição de investimentos em reserva especial de ágio, conforme determinava o artigo 6º, §1º da Instrução Normativa CVM n.º 319/1999.

Nesse ponto, a decisão recorrida afirma que **não foram trazidos aos autos elementos** que demonstrassem, em concreto, a relação de causa e efeito entre o registro da referida conta de reserva especial de ágio e a suposta abertura para implementação de seu plano de expansão no mercado, observando, ainda:

De fato, o artigo 6º, §1º da Instrução Normativa CVM n.º 319/1999 determina que a incorporadora deverá registrar o ágio fundado em expectativa de resultado futuro originado na aquisição de seu controle em conta do ativo diferido, em contrapartida a reserva especial de ágio, conta do patrimônio líquido.

Ocorre que o registro de uma nova conta – reserva especial de ágio não pode ser admitido como propósito imediato da incorporação da ABCD, porque não implica efetivamente aumento de riqueza e, além disso, poderia no máximo justificar a incorporação, mas não a própria criação da ABCD, que também foi considerada uma operação artificial.

Ademais, não é crível que esse tratamento contábil fosse determinante para atribuir credibilidade à impugnante no mercado e viabilizar seu plano empresarial de expansão, considerando que a norma da CVM é genérica e, sempre que aplicada, gera esse “efeito positivo” na situação patrimonial da investida/incorporadora.

Se não houve efetiva alteração na condição econômica da impugnante o que não se pode negar, já que a ABCD surgiu e foi extinta sem qualquer substância e atuação econômica não é crível que o avertado “saneamento patrimonial” pudesse realmente convencer terceiros de que sua situação patrimonial estaria efetivamente recuperada.

Ou seja, a decisão recorrida **desconsidera a participação da ABCD na operação apontando indícios convergentes de que tal sociedade de fato não teria realizado os atos tais como declarados**. Nesse contexto, traz, ainda, argumentos que colocam em dúvida o papel que o sujeito passivo alegou que tal pessoa jurídica teria tido na operação, e é aí que rechaça a existência de “propósito negocial”.

O que sobra é, assim, apenas o cenário em que uma pessoa jurídica, em um intervalo de 2 dias, surge e é extinta, sendo a situação inicial a mesma da final (exceto pela amortização fiscal do ágio ora em debate), e sem que o sujeito passivo tenha logrado contestar os indícios apontados na acusação fiscal de que os negócios praticados não foram exatamente os declarados.

Ressalta-se que, nos presentes autos, os argumentos do sujeito passivo acerca de um suposto “propósito negocial” para a interposição da ABCD foram **contestados já pela autoridade autuante**, isto é, **fizeram parte da acusação fiscal**, sendo importante destacar os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal:

Primeiramente, a sequência de operações societárias (integralização do capital social da ABCD 0011 com o investimento da TIB na fiscalizada, transferência do ágio para a ABCD 0011, incorporação por dentro da ABCD 0011 pela fiscalizada, e transferência do ágio para a fiscalizada), ocorridas no prazo de dois dias, não alterou em absolutamente nada a situação patrimonial da fiscalizada.

Embora contabilmente tenha havido um aumento da conta de ativo (total), em razão do ágio ter sido transferido, por meio desse conjunto de operações societárias, para dentro da contabilidade da empresa investida (ágio de si mesma), é evidente que não houve aumento efetivo do patrimônio, haja vista ter sido criada a respectiva conta de reserva de ágio. Portanto, qualquer hipotético parceiro econômico/negocial (que sequer foi apontado) perceberia *primo icto oculi* que parcela do patrimônio líquido seria composta pela conta de reserva de ágio, de forma que tal operação não poderia viabilizar nem deixar de viabilizar esse ou aquele negócio, uma vez que não envolveu qualquer substância negocial. Ademais, não há qualquer elemento de prova ou registro à época que possa relacionar as operações envolvendo a incorporação da empresa veículo ABCD 0011 com a viabilização de qualquer projeto de expansão.

(...)

Em relação ao item 8, não houve absolutamente resposta alguma, confirmando que a empresa ABCD 0011 jamais exerceu qualquer atividade econômica, jamais teve funcionários contratados, jamais efetuou contratos de qualquer ordem, ou negociou,

intermediou negócios, jamais adquiriu participações em outras sociedades, jamais geriu ou comercializou bens próprios ou alheios, que seriam o objeto social da empresa

(...)

... Sendo o fiscalizado uma empresa de capital fechado, não se vislumbra quem teriam sido os destinatários das demonstrações financeiras supostamente saneadas com o cômputo do "ágio de si mesmo" dentre as contas de ativo e, por outro lado, da reserva de ágio dentre as contas do patrimônio líquido.

Como já ficou demonstrado, do ponto de vista da TIB (investidora), não houve absolutamente nenhuma alteração patrimonial, mas tão somente a alteração da conta de ágio sobre a Terra Networks (originalmente mantida em separado do valor do investimento avaliado pelo MEP), que passou a integrar a própria conta de investimento em decorrência das já citadas operações societárias com a empresa ABCD 0011, as quais transferiram o ágio da contabilidade da investidora (TBI) para a contabilidade da investida (Terra Networks). Mas, cabe ressaltar que não houve acréscimo ou diminuição no ativo ou no patrimônio líquido da empresa TBI, de forma que "a capacidade econômica e de investimento do Grupo Telefónica" não sofreu absolutamente nenhuma alteração, sendo, por todas essas razões, completamente descabida a justificativa apresentada pelo fiscalizado.

Segundo se extrai dos documentos e das respostas entregues pelo fiscalizado, a criação, aquisição, aumento e integralização de capital, e posterior incorporação reversa da empresa ABCD 0011 Participações Ltda não revelaram qualquer substância econômica ou propósito negociai, e não poderiam, em hipótese alguma, criar direitos oponíveis ao Fisco.

(...)

Não obstante, como observou já a DRJ, em trecho transcrito também pela decisão recorrida, "*O retorno à mesma relação de controle entre a TIB e a TERRA, bem como a falta de substância econômica da empresa ABCD, que teria sido utilizada como veículo de um planejamento fiscal, foram aspectos não contestados diretamente pela impugnante.*" (grifos nossos).

Necessário pontuar que, conforme a linha que adotamos, a investigação acerca do "propósito negocial" ou de "motivos extratributários" apenas é relevante no sentido de que, uma vez que este prove que as alegações do sujeito passivo acerca de determinado propósito ou motivação não se verificam na prática, isso contribuirá como *elemento indicativo* de que os atos por ele praticados também não seriam exatamente os declarados. Mas somente isso.

Os atos não são legítimos *apenas se* provado o propósito negocial, pelo contrário, **o propósito negocial é que somente poderá ter alguma relevância jurídica na requalificação de negócios jurídicos quando se prove a falsidade nas alegações do sujeito passivo quanto a tais motivos negociais, o que é ônus da fiscalização.**

Como destaca Marco Aurélio Greco<sup>9</sup>, "*do lado do Fisco, cabe-lhe um duplo ônus da prova, pois deve contrapor algo à qualificação jurídica trazida pelo contribuinte. Nesta tarefa, cabe-lhe provar que a operação não é aquela exposta pelo contribuinte ao mesmo tempo em que precisa provar suficientemente o novo enquadramento por ele sustentado.* Se esse duplo ônus da prova não for atendido, a pretensão fiscal não procede". Já quanto ao sujeito passivo,

---

<sup>9</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 536, grifos nossos.

Marco Aurélio Greco indica que *“se o contribuinte não justificar o que fez, isso não é suficiente para autorizar o Fisco a cobrar, mas sua posição na discussão se fragiliza, pois se não explica o motivo e a finalidade, abre-se maior espaço para o Fisco caminhar na construção de sua qualificação dos fatos”*.

No caso dos autos, compreendo que a fiscalização se desincumbiu de seu ônus, eis que, juntamente com a indicação de fatos que apontam no sentido da ausência de participação efetiva da ABCD na operação, trouxe argumentos hábeis a rechaçar as alegações trazidas pelo sujeito passivo acerca do suposto propósito negocial que envolveria a interposição de tal pessoa jurídica. Ademais, nas etapas posteriores do processo administrativo, o sujeito passivo permaneceu sem lograr comprovar qualquer função para a ABCD, do que se conclui que não foi capaz de contestar suficientemente a acusação formalizada pela autoridade autuante que levou à glosa das despesas com amortização de ágio.

O sujeito passivo bem ressalta em seu recurso especial que *“A autoridade lançadora procurou defender a impossibilidade de tais atos serem opostos ao Fisco em razão de um incomprovado vício que, sem qualquer critério e ao arrepio do ordenamento jurídico, ora foi qualificado como abuso de forma, ora como fraude e ora como simulação”* (fl. 3.399).

Nesse aspecto, observo que de pouco importa o nome que a autoridade fiscal dá ao vício do negócio jurídico, contanto que este reste claramente caracterizado e provado, mediante a indicação de fatos concretos (e não meras alegações teóricas) que apontem para determinada conclusão -- o que, como já se afirmou, compreendo que ocorreu no caso dos autos.

O sujeito passivo contesta em seu recurso especial a acusação de “simulação”, abordando artigos do código civil e trazendo diversos argumentos para contestar a conclusão de que *“a incorporação da ABCD pela Recorrente teria sido um ato simulado”*. Afirma, por exemplo, que *“a Fiscalização não comprova, nem sequer menciona, a existência de um ato jurídico oculto que corresponderia à real intenção da Recorrente e ABCD, porque efetivamente não há!”*.

Nesse ponto, ressalto que a acusação não é de simulação *da incorporação* da ABCD pela Recorrente, apenas. A autoridade autuante traz indícios convergentes (e que não são suficientemente contestados pelo sujeito passivo mediante provas em contrário) que indicam que **a pessoa jurídica ABCD não teve qualquer função na operação**, nem mesmo para adquirir o investimento com ágio. Ou seja, a fiscalização não prova, apenas, que não houve a incorporação da ABCD, mas prova também que **o investimento, e conseqüentemente o ágio, não foi efetivamente transferido a esta “pessoa jurídica”**.

Quando o sujeito passivo se dedica a contestar a acusação de que a ABCD tenha sido constituída com o único objetivo de economia tributária ele se limita a indicar que *“tal afirmação não condiz com a realidade, uma vez que não houve demonstração de existência de qualquer prejuízo ao fisco”* (fl. 3402). Ora, o prejuízo foi exatamente criar, **de forma não real** (isto é, mediante a prática de atos meramente “no papel”), condições para que um ágio que estava registrado na controladora passasse a poder ser amortizado.

Uma pessoa jurídica, no caso uma “holding pura” tem como causa (função) “participar de outras sociedades”, o que denota um caráter de permanência ou pelo menos alguma alteração no estado de coisas resultante de tal participação. Uma vez que a autoridade

fiscal prove, mediante a indicação de indícios convergentes que não sejam suficientemente contraditados pelo contribuinte, que tal sociedade não passou de um registro no papel, de rigor a requalificação respectivos dos efeitos tributários dos atos praticados “por meio” de tal CNPJ.

O direito tributário não convive com atos irrealis, sendo dever da autoridade fiscal, em tais casos, requalificar os efeitos tributários dos negócios declarados, nos termos do artigo 149, VII, do CTN.

É nesse sentido que se conclui, no presente voto, que o ágio em questão não cumpre os requisitos legais para a sua amortização fiscal.

Não se adota, aqui, a tese esposada pelo acórdão recorrido de que, para fins da Lei 9.532/1997 e da amortização fiscal do ágio, apenas se considera como “real sociedade investidora” aquela pessoa jurídica que “efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos”. A questão é bem mais simples: para que ocorra o registro e a amortização fiscal do ágio, é necessário que se **praticuem atos reais**.

Também **não se está a condicionar a validade de atos jurídicos à existência de propósito negocial**. A conclusão, aqui, é que a autoridade autuante logrou provar, mediante a indicação de fatos que funcionaram como indícios convergentes e que não foram suficientemente contestados, que a ABCD realmente não participou da operação e, conseqüentemente, não adquiriu investimento ou registrou ágio que pudesse vir a ser amortizado a partir de sua incorporação.

O propósito negocial não foi utilizado para negar validade aos atos jurídicos praticados, eis que a desconsideração dos efeitos tributários dos atos praticados pelo sujeito passivo foi feita em razão da requalificação do fatos pela autoridade autuante, que não viu, na prática, os atos tais como declarados pelo sujeito passivo, e então tributou os atos tais como efetivamente praticados. O sujeito passivo é que não foi capaz utilizar o argumento do propósito negocial **no único sentido jurídico possível de seu manejo**, que seria servir de contraponto aos fortes indícios trazidos na acusação fiscal de ausência de materialidade da participação da ABCD na operação. É exclusivamente neste sentido que se pode afirmar que, no caso dos autos, não restou comprovado o propósito negocial. Nessa linha, destaca Sergio André Rocha<sup>10</sup> (grifamos):

A falta de motivação tributária só é relevante diante da artificialidade, da distorção da finalidade intrínseca, do perfil objetivo do ato ou negócio jurídico. Portanto, a falta de uma motivação não tributária não é, em si, um critério para a desconsideração e requalificação do ato ou negócio jurídico praticado pelo contribuinte. Pelo contrário, conforme sustentamos é a presença de uma motivação não tributária que pode legitimar um ato ou negócio jurídico que tenha distorcido sua causa típica.

Desta maneira, exigir uma motivação extratributária não é o mesmo que divagar sobre as intenções e os motivos internos que levaram à decisão sobre a prática de um ato ou negócio jurídico, é buscar uma razão não tributária para a prática de um ato distorcendo a sua causa típica.

---

<sup>10</sup> ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 160.

São estas as razões pelas quais compreendo que, no caso, muito embora parte da linha teórica adotada pelo acórdão recorrido não deva prevalecer, o recurso especial do sujeito passivo não merece acolhida, sendo de se manter a glosa das despesas em questão.

De se observar que, de forma coerente, a própria acusação fiscal ajustou a glosa no ano de 2008 para considerar que, a partir da incorporação da TIB, o ágio poderia ser amortizado (fls. 1033-1034, grifamos):

Quanto ao ano-calendário de 2008, **há que se considerar o direito do fiscalizado deduzir para fins fiscais as despesas de amortização de ágio, a partir da ocorrência da incorporação da TBI (controladora) pelo fiscalizado (controlada), em 14 de novembro de 2008**, hipótese prevista no artigo 386, parágrafo 6º, inciso II do RIR. Assim, considerando o limite legal de 1/60 ao mês, o fiscalizado poderia deduzir para fins fiscais, por meio de exclusão na apuração Lucro Real, o valor de R\$ 311.681.117,00 multiplicado por dois sessenta avos (2/60), considerando-se o mês de novembro e dezembro de 2008, do que resulta o montante de R\$ 10.389.370,57.

Portanto, cabe glosar, de ofício, o excesso de exclusão no valor de R\$ 67.026.895,03 (R\$ 77.416.265,60 menos R\$ 10.389.370,57), devendo ser retificados os valores constantes da conta "Amortização de Ágio Controladas" na Parte B do Lalur, conforme tabela abaixo:

(...)

De se manter, portanto, o lançamento efetuado.

Considerando o voto acima, originalmente sugeri a seguinte ementa para o presente acórdão:

**ÁGIO. EMPRESA VEICULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO.**

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo. Não obstante, se a autoridade autuante questiona a efetividade da operação e a participação da pessoa jurídica dita "veículo", indicando fatos que funcionam como indícios convergentes de que os atos não foram efetivamente praticados tais como declarados, é válida a requalificação promovida pelo fisco e a consequente glosa das despesas com amortização de ágio.

Quanto à investigação acerca do "propósito comercial" ou de "motivos extratributários", não se pode pretender que os atos apenas sejam considerados legítimos se provado o propósito comercial, mas uma vez que se prove que as alegações do sujeito passivo acerca de determinado propósito ou motivação não se verificam na prática, isso poderá contribuir como elemento indicativo de que os atos por ele praticados também podem não ser exatamente os declarados. É apenas nesse sentido que o propósito comercial pode ter alguma relevância jurídica, podendo servir de como argumento válido para a requalificação de negócios jurídicos: especificamente quando se prove a

falsidade nas alegações do sujeito passivo quanto a tais motivos negociais, o que é ônus da fiscalização.

Em observância ao artigo 63, § 8º do Anexo II ao Regimento Interno deste CARF, observo que, colocada a questão em julgamento, **a maioria da Turma acompanhou esta Relatora pelas conclusões**, tendo prevalecido as razões de decidir da Conselheira Edeli Pereira Bessa, expostas na declaração de voto abaixo, também **refletidas na ementa do presente julgado**.

### Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, negar-lhe provimento, bem como para conhecer parcialmente do recurso especial do sujeito passivo e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

### Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A exigência veiculada nestes autos dá seguimento à glosa de amortização de ágio formalizada nos autos do processo administrativo n.º 16643.000425/2010-73, submetida a este Colegiado nesta mesma reunião de julgamento, sob relatoria desta Conselheira. Ambos lançamentos foram apreciados na mesma reunião de julgamento pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento: estes autos no Acórdão n.º 1201-002.169 e o processo administrativo n.º 16643.000425/2010-73 no Acórdão n.º 1201-002.168. Com respeito à amortização de ágio, ambos julgados mantêm a exigência, mas afastam a qualificação da penalidade.

Esta Conselheira acompanhou a I. Relatora no conhecimento do recurso especial da PGFN, aqui interposto mediante indicação de paradigmas distintos dos examinados no processo administrativo n.º 16643.000425/2010-73.

Em ambos os casos, o voto vencido dos acórdãos recorridos refere a existência de uma “empresa de passagem”, constituída apenas para geração do ágio e seu subsequente aproveitamento, como uma *construção artificial do suporte fático* que resulta em ágio interno e fictício, sem causa econômica, inclusive na operação de incorporação dessa empresa veículo. Já o voto vencedor afasta a existência de simulação ou fraude em razão da *gama de interpretações divergentes acerca dos limites para a dedução do ágio nas aquisições de investimentos*. Apesar da peculiaridade das duas fases de aquisição da Contribuinte, não foi ela ressalvada ou enfrentada especificamente na exoneração da qualificação da penalidade.

Neste cenário, concorda-se com a exposição da I. Relatora no sentido de que o paradigma n.º 101-96.724 não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial por referir vícios típicos da constituição inicial e amortização de ágio interno, distintamente do recorrido no qual há pagamento de ágio entre partes independentes e a artificialidade se dá na interposição de uma “empresa de passagem”, esta representando a *construção artificial do suporte fático*, que assim faz surgir, desse passo, um ágio interno e fictício, sem causa econômica

O conhecimento, portanto, deve ser pautado apenas no paradigma n.º 1101-000.899 que decidiu a questão sob a ótica de interposição de empresa-veículo com vistas à construção de *um cenário que se assemelhasse à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos*.

Como bem exposto pela I. Relatora, esta Conselheira consignou no voto apresentado no Acórdão n.º 9101-004.559 que referido julgado tratava de *ágio pago em aquisição de investimento entre partes não ligadas, mediante interposição de pessoas jurídicas que são extintas mediante incorporação pela sociedade adquirida, viabilizando-se a amortização do ágio, embora a real adquirente subsista ativa*. Esta visão somente foi alterada na apreciação do lançamento subsequente, decorrente da mesma operação, quando a Contribuinte pretendeu caracterizar dissídio jurisprudencial sob a ótica de se tratar de amortização de ágio com a interposição de empresa-veículo, inclusive suscitando o conhecimento ao recurso especial antes interposto sob esta premissa. Naquela ocasião, esta Conselheira assim expôs no voto vencedor do Acórdão n.º 9101-005.791:

Ocorre que o conhecimento do recurso especial interposto contra o julgamento anterior da operação que também motiva a exigência nestes autos não é um argumento válido para ser usado em reforço à admissibilidade do recurso especial aqui interposto. Isto porque a acusação, no lançamento anterior, apresenta traços distintivos relevantes em relação àquela formalizada nestes autos.

Esta Conselheira, na condição de redatora do voto vencedor do Acórdão n.º 1101-000.899, assim destacou

Interpreto a acusação fiscal de forma distinta do I. Relator, pois observo que a autoridade lançadora fez referência à Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349, de 06/03/2001, destacando que operações desta espécie acabam por ensejar o reconhecimento de um acréscimo patrimonial se a efetiva substância econômica, mediante a criação de uma sociedade veículo que transfere da controladora original para a controlada o ágio pago na sua aquisição, e ao final do processo de

incorporação, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

E, ao longo de todo seu arazoado, a autoridade lançadora destacou que a AVERDIN criou nas empresas veículo APENINA e MKV o patrimônio necessário para que estas adquirissem a LISTEL e nelas restasse registrado o ágio pago nesta operação. Nas palavras da Fiscalização, em 01/06/1999 a AVERDIN detinha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da LISTEL.

Assim, com os recursos aportados por AVERDIN, as empresas veículo APENINA e MKV realizam a operação que gera o ágio aqui amortizado, após a extinção, apenas, de APENINA e MKV, incorporadas pela atuada. **A investidora original, AVERDIN, que efetivamente adquiriu a LISTEL, subsistiu ativa** e, inclusive, mantendo em seu patrimônio o investimento feito na LISTEL, por seu valor majorado pelo ágio pago.

Esta a razão, portanto, para a Fiscalização concluir que a operação entre LISTEL, APENINA e MKV ocorreu em circuito fechado. **O adquirente, terceiro estranho à investida, nesta operação, é a AVERDIN, representante no Brasil do Grupo BellSouth, como demonstrado no organograma societário de fl. 1256**, citado pelo I. Relator.

[...]

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. O procedimento aqui realizado não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora original, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida, LISTEL, somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a extinção da investidora original (AVERDIN), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

[...]

**É importante esclarecer que a autoridade lançadora não fez qualquer consideração em relação ao fato de a AVERDIN ter como sócios estrangeiros a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING (BVI) LIMITED, com 99% do capital social, e a LISTEL ADVERTISING & PUBLISHING HOLDINGS (BVI) LIMITED, com 1% do capital social, de modo a cogitar que o ágio tivesse se formado internamente ao Grupo LISTEL. A acusação fiscal limita-se à estrutura formalmente criada para que o ágio gerado na aquisição fosse passível de amortização, independentemente de a AVERDIN ter sido incorporada pela LISTEL, ou vice-versa.**

[...] *(destacou-se)*

Referida decisão, portanto, foi proferida em face de acusação fiscal que não cogitou da formação interna do ágio, e reportou, apenas, que a dita adquirente (AVERDIN) não

teria sido extinta na posterior incorporação que deu ensejo à amortização fiscal do ágio. Diante de interpretação da legislação firmada frente a tais referenciais fáticos, a divergência jurisprudencial, de fato, se caracterizaria em face do paradigma nº 1201-001.242, formado em razão das ações do Banco Cacique S/A detidas por Cacipar Participações Ltda, adquiridas por Banco Société Générale Brasil S/A mediante aporte de recursos na empresa veículo Trancoso Participa  es Ltda, que    posteriormente incorporada por Banco Cacique S/A, seguindo-se a amortiza  o do ágio pago. No referido paradigma restou consolidado que *se o ágio na aquisi  o do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de opera  es entre empresas do mesmo grupo econômico (  gio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortiza  o fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo", diversamente do entendimento expresso no Acórdão n   1101-000.899, no sentido de que "para dedui  o fiscal da amortiza  o de ágio fundamentado em rentabilidade futura    necessário que a incorpora  o se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participa  o societária com   gio. Não    possível a amortiza  o se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.*

Contudo, tais referenciais de conhecimento, adotados por este Colegiado no Acórdão n   9101-003.465, não são aqui aplicáveis, porque a acusa  o fiscal veiculada nestes autos foi aperfeiçoada, e passou a trazer referências acerca da forma  o interna do ágio, as quais influenciaram a decisão do acórdão recorrido, como, inclusive, consignado em sua ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

Ementa:

DESPESAS COM AMORTIZA  O DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. A dedutibilidade da amortiza  o do ágio somente    admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condi  o necessária    forma  o de um preço justo para os ativos envolvidos.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGITIMIDADE. A cria  o da empresa veículo teve como objetivo o aproveitamento do   gio, Patente, portanto, a artificialidade da opera  o que teve como intuito a aloca  o do ágio gerado sem a participa  o de terceiro, visando exclusivamente a redu  o da tributa  o.

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. Não restando comprovada nos autos a conduta dolosa, com evidente intuito de fraude, do contribuinte,    aplicável a multa no percentual de 75%, nos termos do    1  , do artigo 44, da Lei n   9.430/96.

E, do voto condutor do acórdão recorrido extrai-se:

A fiscaliza  o glosou o ágio sob a justificativa deste **ter sido gerado em circuito fechado**, isto   , entre empresas do mesmo grupo, bem como constatado ter sido um negócio fictício. Nesse ponto, vale transcrever o trecho do Termo de verifica  o Fiscal que esclarece o entendimento adotado pelo agente fiscal:

[...]

Nessa esteira, a decisão concluiu que os **negócios jurídicos foram fictícios**, visando se enquadrar na hipótese legal da norma de amortiza  o do ágio, devendo, portanto, ser mantida glosa das quantias amortizadas pela Recorrente a título de   gio.

Concordo com a decisão da DRJ.

Primeiramente cumpre verificar o organograma da sociedade em 01/06/99, antes da operação que gerou o ágio.

[...]

**Note que nesse momento a Averdin Holding definha, direta ou indiretamente, controle de 100% do capital da Listel, conforme apontou o TVF às fls. 955, inclusive o agente fiscal juntou a tela da Receita Federal.** Outrossim, é possível verificar a prova da composição societária, por meio das fls. 488 a 495.

Importante ressaltar que em momento algum do processo, isto é, nem na peça impugnatória, nem no Recurso Voluntário foi descrita tal composição societária. A Recorrente não produziu prova em contrário, sendo este item do TVF incontroverso.

Tal passagem é admitida pela Recorrente no processo administrativo nº 1915.005.924/2009-77, em que também se discute o ágio em tela. No referido processo a contribuinte chega admitir este fato, porém rebate alegando que não acha justo que por conta disso o ágio não seria legítimo de dedução.

Adiante, vejamos como ficou a estrutura resultante da operação:

[...]

Note que a MKV e a APENINA adquiriram integralmente o controle acionário da LISTEL. Nesse momento, a AVERDIN assumiu o controle e aumentou o capital social da MKV e da APENINA.

Desse modo, entende-se que a APENINA e a MKV atuaram como empresas veículos, não se revestindo das formalidades necessária, o que acabou por invalidar o valor do ágio calculado na aquisição desta participação societária.

Portanto, a LISTEL foi integralmente comprada pela MKV e APENINA, e o valor do ágio foi apurado com base no patrimônio da LISTEL e registrado com base nos livros das respectivas empresas acionistas controladoras da sociedade.

Assim, constatou-se **que a operação ocorreu num contexto interno, isto é, entre empresas do mesmo grupo** (TVF-fls 955/961)

**Vale ressaltar, por oportuno, que o ato de concentração (fls. 1244) há apenas uma descrição breve da operação ocorrida, que aliás é realizada em apenas um parágrafo e, portanto, claro está que o foco do ato de concentração não é a operação societária ocorrida, mas sim as razões mercadológicas da operação.**

Outro fato é que em momento algum, no referido ato, há menção da Holding Averdin. Aqui cabe mencionar que foi esta empresa quem recebeu os recursos e os distribuiu em outras duas empresas veículos (MKV e Apeninda). O fato da Averdin não constar na descrição da operação sugere uma estranheza.

Outrossim, **a título argumentativo, a operação se revela como uma venda que ocorreu no exterior e as partes, após perceberem que o ágio poderia ser aproveitado no Brasil, constituíram a empresa Listel Holding no paraíso fiscal das ilhas virgens britânicas e, após isso, já com o dinheiro da venda (fruto da operação) resolveram abrir uma holding no Brasil, a Averdin, que viria a capitalizar outras duas empresas veículo. Talvez seria a razão da**

**Averdin não constar no ato de concentração, na parte em que se descreve a operação, nem esta, nem a Listel BVI.**

Os trechos em destaque evidenciam que nestes autos a acusação traz expressamente que o ágio seria interno ao grupo econômico, e esta interpretação subsiste especialmente em face da defesa tida por deficiente acerca da vinculação da aquisição a um ato de concentração, para além da cogitação de poder corresponder a uma venda ocorrida no exterior com transporte do ágio para aproveitamento no Brasil.

Resta evidente, assim, que não se tratou, aqui, de operação semelhante à analisada no paradigma, no qual a adquirente independente foi claramente identificada. Os casos comparados se distinguem em pontos relevantes para a admissibilidade dos efeitos fiscais pretendidos pelos sujeitos passivos, não sendo possível cogitar se o Colegiado que proferiu o paradigma também validaria a amortização do ágio formado em tais circunstâncias. E, com tais dessemelhanças, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Assim, ainda que a operação analisada no segundo paradigma apresentasse indícios de o ágio lá amortizado ter se formado internamente ao grupo econômico, esta acusação não integrou aqueles autos, e a qualificação da penalidade foi examinada apenas sob a ótica da artificialidade presente na interposição de empresas-veículo para viabilizar a amortização do ágio.

Nestes autos, a única referência que poderia trazer a cogitação de formação interna do ágio diz respeito à segunda fase da aquisição que, como antes ressaltado, não afetou a decisão acerca da qualificação da penalidade, que restou assim limitada à repercussão da utilização de uma “empresa de passagem”, constituída apenas para aproveitamento fiscal do ágio transmutado a partir de sua interposição.

Por tais razões, evidenciada a similitude nas premissas consideradas para decisão acerca da qualificação da penalidade, e as soluções divergentes dadas por diferentes Colegiados do CARF, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO em face do paradigma nº 1101-000.899.

Com respeito ao conhecimento do recurso especial da Contribuinte, a I. Relatora refere os fundamentos expressos por esta Conselheira para concordar com o conhecimento apenas da matéria “possibilidade de amortização do ‘ágio transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico”, com base no paradigma nº 1402-001.402, e apenas com respeito à amortização do ágio de R\$ 311.681.116,81. Estas as razões, portanto, para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte.

No mérito, valem aqui os mesmos fundamentos expressos no processo nº 16643.0000425/2010-73 para negar provimento ao recurso especial da Contribuinte na parte conhecida e dar provimento ao recurso especial da PGFN.

A “possibilidade de amortização do ágio ‘transferido’ para empresa do mesmo grupo econômico” é matéria que vinha sendo decidida em linha com as premissas do acórdão recorrido pela maioria qualificada desta Turma, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

### 1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>11</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

## 2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

---

<sup>11</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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

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

### **3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida**

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

### **4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida**

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

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

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

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumisse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>12</sup>.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP n.º 1.602, de 1997<sup>13</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei n.º 9.532, de 1997.

<sup>12</sup> Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>13</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>14</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 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>15</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a

<sup>14</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### **5. Amortização. Despesa.**

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

No RIR/99 (Decreto-Lei 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<sup>16</sup>.

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

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

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

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

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

---

<sup>16</sup> Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

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

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

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

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

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

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

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

## 7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>17</sup>.

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

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

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

---

<sup>17</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>18</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

---

<sup>18</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

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

## 8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte, formadora do ágio amortizado, foi Telefônica Interativa do Brasil Ltda – TIB, que somente foi incorporada pela Contribuinte em 2008, depois de amortizado o ágio cuja dedutibilidade fiscal aqui se discute.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto)*.

*Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.*

*O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa ABCD 0001 Participações Ltda, denominada como*

“*empresa-veículo*” e investida, posteriormente incorporada pela *Contribuinte*, ou seja, não estava presente a **investidora (não participou do evento de incorporação a empresa Telefônica Interativa do Brasil Ltda - TIB)**.

*E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.*

*A utilização da empresa ABCD 0001 Participações Ltda (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (Telefônica Interativa do Brasil Ltda - TIB) do evento de incorporação.*

Frise-se: a empresa veículo ABCD0001 atua, apenas, entre os dias 27/12/2000 a 29/12/2000 para permitir o trânsito dos recursos e investimentos de TIB e se afirmar como adquirente de investimento na Contribuinte, em construção artificial para alcance da dedutibilidade permitida nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Mais ainda, neste intervalo de dois dias é constituído, no patrimônio de ABCD0011, ágio pela mera conversão em capital social de empréstimo detido em TIB contra a Contribuinte, dada a peculiaridade desta possuir patrimônio líquido negativo. Ainda que esta parcela do ágio não esteja aqui em debate, vale recordar que, como bem observado no paradigma nº 1402-001.402, *se fossem seguidas as regras de incorporação previstas no art. 386 do RIR/1999, e, neste caso, a Contribuinte incorporasse a TIB ou vice-versa, não haveria que se falar em ágio, já que, simplesmente, a obrigação, no valor de R\$ 75.400.110,76, se extinguiria em razão de confusão (art. 381 CC/2002), pois a mesma pessoa se confundiria nas qualidades de credor e devedor.*

A autoridade lançadora por sua vez, bem apontou a simulação presente na interposição de ABCD0011:

A fiscalizada estava perfeitamente consciente da falta de propósito comercial das operações societárias em pauta e do intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, e evidencia essa condição ao descrever as etapas do planejamento tributário abusivo, descrito no documento "histórico ágio ABCD. doc" (fls. 40 a 42), na verdade, reproduzindo o que já consta claramente dos documentos que amparam as operações societárias (Atas, alterações do contrato social, Protocolo de Incorporação), como se extrai do subitem 1.3 do item Justificação do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Terra Networks Brasil SA e ABCD 0011 Participações Ltda. (fl. 274), que afirma:

**"1.3 Considerando que ABCD é detentora do ágio relativo ao investimento na TERRA, o qual poderá ser aproveitado fiscalmente pela TERRA após a incorporação da ABCD, nos termos da legislação em vigor;" (grifo meu)**

Haveria outra forma, essa, sim, lícita, de tornar dedutível o ágio sobre investimento (decorrente da aquisição da Nutec), que seria a efetiva incorporação do fiscalizado pela sua controladora (TIB) ou a incorporação de sua controladora (TIB) pelo fiscalizado, o que veio a ocorrer apenas no ano de 2008, quando o fiscalizado já tinha deduzido praticamente todo o ágio. Entretanto, o contribuinte optou pela simulação, pela seqüência de atos apenas formais, sem conteúdo econômico ou propósito comercial, com intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, o que configura abuso de forma, simulação e fraude. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada. (*destaques do original*)

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial, na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida. Irrelevante, assim, se a amortização do ágio seria possível caso Telefônica Interativa do Brasil Ltda - TIB incorporasse ou fosse incorporada pela autuada. Fato é que esta incorporação somente ocorreu em 2008, e a amortização fiscal do ágio já havia ensejado a redução das bases tributáveis da Contribuinte desde 2003.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão n.º 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319/99:

*A Instrução CVM n.º 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei n.º 9.532/97:

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

*I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

*II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*

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

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

[...]

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

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

*b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (negrejou-se)*

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse

evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

*Art. 23. [...]*

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

*[...]*

*Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)*

*IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*

*[...]*

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida<sup>19</sup>. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

---

<sup>19</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM n.º 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei n.º 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei n.º 9.532/97.

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito negocial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Com respeito à penalidade aplicada, esta Conselheira já se manifestou contrariamente à sua qualificação em operações societárias semelhantes, sob o entendimento de que, se houve ágio pago entre partes independentes, a interpretação equivocada da lei, no sentido da possibilidade de transferência do ágio pago para empresa-veículo, de modo a viabilizar a amortização do ágio pago por outra pessoa, não justificaria a aplicação de multa mais gravosa.

Contudo, no presente caso, a empresa veículo ABCD0011 atua, apenas, entre os dias 27/12/2000 a 29/12/2000 para permitir o trânsito dos recursos e investimentos de TIB e se afirmar como adquirente de investimento na Contribuinte, em construção artificial para alcance da dedutibilidade permitida nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97. Mais ainda, neste intervalo de dois dias é constituído, no patrimônio de ABCD0011, ágio pela mera conversão em capital social de empréstimo detido em TIB contra a Contribuinte, dada a peculiaridade desta possuir patrimônio líquido negativo. Como bem observado no paradigma n.º 1402-001.402, *se fossem seguidas as regras de incorporação previstas no art. 386 do RIR/1999, e, neste caso, a Contribuinte incorporasse a TIB ou vice-versa, não haveria que se falar em ágio, já que, simplesmente, a obrigação, no valor de R\$ 75.400.110,76, se extinguiria em razão de confusão (art. 381 CC/2002), pois a mesma pessoa se confundiria nas qualidades de credor e devedor.*

Em circunstâncias até menos gravosas, este Colegiado já decidiu, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, dar provimento a recurso especial

da PGFN para restabelecer a qualificação da penalidade. Tal se deu, por exemplo, por meio do Acórdão n.º 9101-002.802, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

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

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

Para dedução fiscal da amortização de ágio é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização do ágio quando a incorporadora não pagou pela aquisição do investimento.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CUMULATIVIDADE COM A MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n.º 351, de 2007, no art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual. O princípio da consunção não é aplicável nas infrações referidas.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

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

CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

São aqui adotadas as razões de decidir assim expostas pela ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo:

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

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

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

O contribuinte, em contrarrazões, afirma que o recurso da Fazenda Nacional não deve ser provido em razão de a fiscalização não ter demonstrado a ocorrência de simulação, fraude ou conluio, conforme exigido pela legislação. Ademais, a jurisprudência do CARF é majoritária no sentido de não ser aplicável a qualificação da multa de ofício quando da dedução da amortização de ágio em casos semelhante ao presente.

E, no que diz respeito à acusação fiscal de empresa veículo, quando fala do propósito negocial, aduz o contribuinte que a CCL PAR era necessária para a centralização das atividades do Brasil.

Pois bem, entendo que a qualificação da multa de ofício é devida no presente processo pois, em que pesem todos os fatos terem sido registrados e contabilizados, sob o aspecto tributário, não se tem dúvida de que todo o planejamento visou alterar as características do fato gerador da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Para tanto, conforme demonstrado nos autos, a aquisição da PRODESMAQ S/A pela CCL INC (negócio real) foi dissimulada pela interposição de uma empresa meramente escritural, como se fosse a verdadeira compradora (negócio fictício), a qual somente serviu para viabilizar o mecanismo de transferência do ágio para a PRODESMAQ S/A, tanto que desapareceu em poucos dias.

A artificialidade desse mecanismo é evidência suficiente, no meu entender, de uma simulação, conforme apontado pela fiscalização, pois qual a razão de ser de uma empresa como a CCL PAR, sem qualquer atividade econômica, sem qualquer custo, sem qualquer dispêndio, a não ser carrear um ágio para ser deduzido no Brasil?

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

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

A acusação fiscal bem expôs a avaliação da conduta da Contribuinte neste mesmo sentido:

O procedimento adotado pelo fiscalizado está compreendido na hipótese prevista na norma acima [art. 72 da Lei nº 4.502/64]. Não cabe à companhia invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi criado o ágio na contabilidade do fiscalizado, nem quando ele começou a ser amortizado, nem em qualquer outro momento anterior ou posterior.

A fiscalizada estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial das operações societárias em pauta e do intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, e evidencia essa condição ao descrever as etapas do planejamento tributário

abusivo, descrito no documento “histórico ágio ABCD.doc” (fls. 40 a 42), na verdade, reproduzindo o que já consta claramente dos documentos que amparam as operações societárias (Atas, alterações do contrato social, Protocolo de Incorporação), como se extrai do subitem 1.3 do item Justificação do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Terra Networks Brasil SA e ABCD 0011 Participações Ltda (fl. 274), que afirma:

“1.3 Considerando que ABCD é detentora do **ágio relativo ao investimento na TERRA**, o qual **poderá ser aproveitado fiscalmente pela TERRA após a incorporação da ABCD**, nos termos da legislação em vigor;” (grifo meu)

Haveria outra forma, essa sim, lícita de tornar dedutível o ágio sobre investimento (decorrente da aquisição da Nutec), que seria a efetiva incorporação do fiscalizado pela sua controladora (TIB) ou a incorporação de sua controladora (TIB) pelo fiscalizado, o que veio a ocorrer apenas no ano de 2008, quando o fiscalizado já teria deduzido praticamente todo o ágio. Entretanto, o contribuinte optou pela simulação, pela sequência de atos apenas formais, sem conteúdo econômico ou propósito negocial, com intuito único de evitar o pagamento dos tributos devidos, o que configura abuso de forma, simulação e fraude. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada. (*destaques do original*)

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN para restabelecer a qualificação da penalidade.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA

## **Declaração de voto**

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

Optei por apresentar a declaração de voto para expor as razões pelas quais divergi do voto da I. Relatora, dando provimento ao recurso especial da contribuinte para afastar a glosa das despesas com amortização de ágio.

Nesse ponto, a acusação fiscal desqualifica a empresa ABCD0011 em face de ausência de propósito negocial para sua constituição, bem como em face da adoção da tese de inexistência de confusão patrimonial entre a real investidora (TIB, que pagou o ágio) e a investida.

Já o voto da Relatora desqualifica a ABCD0011 em razão desta empresa ter apenas existido em um intervalo de 2 dias, com o único propósito de permitir a transferência do

ágio com o seu consequente aproveitamento fiscal, mas sem qualquer *alteração na riqueza do grupo*.

Pois bem.

De acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, vigente à época dos fatos geradores:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (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.

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

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

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

---

<sup>20</sup> Artigo 20 - (...)

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

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.

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

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

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

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

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

**Artigo 8º** O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

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

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

1)

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador autorizar a dedução fiscal de **ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio ou pela investida, quando da incorporação reversa.**

Vale dizer, a partir do texto legal, verifica-se que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém o investimento adquirido com ágio (e vice-versa, quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte ou dos recursos* empregados na aquisição.**

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou a de proibir a transferência de ágio, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito e de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa.

A utilização da expressão “na qual **detenha** participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal da incorporação invertida, na realidade, conferiu ao contribuinte a liberdade de adquirir ou transferir o investimento com ágio por todos os meios admitidos pelo Direito, sem prejuízo à garantia à dedução do ágio pela pessoa jurídica que o detinha no momento da liquidação do investimento por incorporação (inclusive reversa), cisão ou fusão.

Adotar a interpretação de que o referido direito seria exclusivo da empresa que pagou o ágio, portanto, permitiria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, alterando inclusive a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não tem o menor cabimento.

Quanto à desqualificação da dita empresa veículo, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de gerar economia fiscal deve sempre ser aferida com base em critérios previstos exclusivamente na lei, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem condutas fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, do CTN, abaixo transcrito, permite a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação. Confira-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

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

Além, então, da *fraude*, onde a constatação de dolo e falsidade tem como pressuposto, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para *requalificar* atos ou negócios jurídicos quando caracterizada a *simulação*.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN<sup>21</sup>, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver (i) reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como hipótese que permite a requalificação jurídica dos fatos; e (ii) permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Nesse ponto, não se pode perder de vista, primeiramente, que o Governo buscou assim proceder, pretendendo “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no

---

<sup>21</sup> Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:  
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;  
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002.<sup>22</sup> No entanto, esse dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

Ademais, cumpre notar que também não existe nenhuma lei *antielisiva* que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais.

É a *simulação*, portanto, que figura como uma espécie de *divisor de águas* na busca natural e legítima de economia tributária em operações societárias que implicam na apuração de ágio e sua dedução fiscal em reorganizações nas quais haja participação de *holdings*.

Dessa forma, apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), estaremos diante de hipótese de *elisão fiscal*, isto é, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto<sup>23</sup>, *provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito comercial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.*

Ocorre que, como aponta o professor Sérgio André Rocha<sup>24</sup>:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco<sup>25</sup> chegou a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

---

<sup>22</sup> Art. 14 - São passíveis de descon sideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º - Para a descon sideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito comercial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito comercial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º - Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

<sup>23</sup> Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

<sup>24</sup> Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

A *simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara*. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara<sup>26</sup>, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular<sup>27</sup>.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, ainda conferindo enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade<sup>28</sup>.

Nesse contexto, vale frisar que a limitação ou restrição do conceito subjetivo de simulação passou a ser colocada em xeque, o que levou ao *desenvolvimento* da dita teoria objetivista (ou teoria causalista).

Francesco Carnelutti<sup>29</sup> foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

Sob esse enfoque, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, pois, equivale às *conseqüências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

---

<sup>25</sup> Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

<sup>26</sup> A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

<sup>27</sup> Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

<sup>28</sup> Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

<sup>29</sup> Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

Na visão de Orlando Gomes<sup>30</sup>, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato.*

Segundo Emílio Betti<sup>31</sup>, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação (objetivamente considerada, portanto).

Para Heleno Tavares Torres<sup>32</sup>:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Segundo seu magistério<sup>33</sup>:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa.

<sup>30</sup> Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

<sup>31</sup> Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

<sup>32</sup> Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

<sup>33</sup> ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior<sup>34</sup>. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula<sup>35</sup>.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167, *in verbis*:

Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou<sup>36</sup>:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

**Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.**

<sup>34</sup> A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

<sup>35</sup> Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

<sup>36</sup> Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados. *grifamos*

Tal, então, como positivado e integrado com os demais dispositivos legais<sup>37</sup>, notadamente aqueles que impõem o dever de verificar a efetiva ocorrência do fato gerador e de identificar a matéria tributável, o instituto da simulação no Brasil, enquanto limitadora de planejamentos fiscais, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista* e *causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos e, conseqüentemente, requalifique juridicamente os fatos declarados desde que identifique uma *mentira consciente* ou desde que demonstre haver uma *desconformidade* do ato/negócio praticado com sua *finalidade jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência ao *negócio jurídico simulado*, enunciou três diferentes hipóteses de simulação no seu parágrafo primeiro.

Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior<sup>38</sup>:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

- (i) a *simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);
- (ii) a *simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e
- (iii) a *simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

Para esse caso concreto, ante a desqualificação jurídica da sociedade ABCD0011, cumpre observar que, quando a lei (art. 167, §1º, I) prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, ela evidentemente repudia a *interposição fictícia* (ou *fraudulenta*).

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, ainda que em interesse e por conta e ordem de *outrem*, tornando-se titular dos direitos e obrigações

---

<sup>37</sup> Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

“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”.

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

<sup>38</sup> A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura como “laranja”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões que se colocam são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da ABCD0011, pode, aos olhos jurídicos, receber investimento adquirido com ágio e, em seguida, ser extinta por incorporação? Uma *empresa veículo* assim interposta possui *causa jurídica*? Enfim, o Direito permite que uma empresa não operacional, com duração efêmera (nesse caso de 2 dias, ou 48 horas, que correspondem 2.880 minutos ou 172.800 segundos), sem outros registros contábeis e sem funcionários, tenha como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

A resposta a meu ver é positiva.

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos*, de *holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

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.** *Grifamos*

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa<sup>39</sup> esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que uma empresa deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas etc., não se aplica para uma *holding*, cuja *causa jurídica* ou *finalidade social* consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário, então, de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços, que, como regra geral, pressupõe um mínimo de estrutura física e de pessoal, a prova de existência de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Na linha, aliás, do que apontou Charles William McNaughton<sup>40</sup>:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

---

<sup>39</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a denominação, objeto, sede e prazo”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

Como bem notou Edmar Oliveira Andrade Filho<sup>41</sup>:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração

---

<sup>40</sup> IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

<sup>41</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Questão interessante, aqui, seria a de identificar, para aqueles que condicionam a eficácia de uma holding a seu *tempo de vida*, que tempo seria esse? 1 mês; 1 ano ou outro diferente? Haveria segurança jurídica nesse critério que não se encontra na lei? Com a devida vênia, me parece que não...

Feitas essas considerações, a meu ver é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua liberdade de empreender.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso desta espécie de sociedade para servir de *veículo* para *provocar* a baixa de um investimento com o conseqüente *gatilho* para deduzir fiscalmente o ágio, pouco importando o seu tempo de vida e ainda que seja exclusivamente este o seu *propósito negocial*. Daí a legitimidade e eficácia da interposição da ABCD0011 na operação ora analisada, afinal restou comprovado que era ela a detentora do investimento no momento da sua extinção por incorporação reversa, não havendo que se falar em *simulação*.

Essas as razões, contudo, que me levaram a divergir do voto da I. Relatora para afastar a glosa da dedução das despesas com ágio.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli