



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

Processo nº 16682.720589/2011-35
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.419 – 1ª Turma
Sessão de 17 de agosto de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer o Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencida a conselheira Nathalia Correia Pompeu (relatora) e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Nathalia Correia Pompeu, Cristiane Silva Costa, que votou pelas conclusões, Luís Flávio Neto e Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura no conhecimento e mérito.

(Assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Redatora Ad Hoc - Designada para o Voto Vencido

(Assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, André Mendes de Moura, Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Luis Flávio Neto, Cristiane Silva Costa e Nathália Correia Pompeu.

Relatório

Autos de Infração lavrados em face da constatação de: i) redução indevida na apuração do lucro real a título de amortização de ágio de empresa incorporada (IRPJ), e ii) exclusão indevida na apuração da base de cálculo da CSLL a título de amortização de ágio de empresa incorporada (fls. 2907/2932).

Oportuno destacar os fatos relevantes a serem analisados, conforme o Termo de Verificação Fiscal¹ são:

a) Em 10/05/2002: a empresa ING INSURANCE INTERNACIONAL BV subcreveu aumento do capital da empresa SATMA – SUL AMÉRICA PARTICIPAÇÕES S.A (CNPJ: 33.429.226/000161) (controladora da SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS). Esse aumento foi totalmente integralizado em moeda corrente, no valor de R\$ 297.002.178,20, passando o capital social da “SATMA” de R\$ 174.442.561,60 para R\$ 471.444.739,80. As ações adquiridas pela “ING” representavam 24,50% do capital social da “SATMA” ou 25,25% de seu capital em circulação, conforme laudo de avaliação firmado pela empresa ACAL – Consultoria e Auditoria S/C. (fls. 210/218).

b) Ainda em 10/05/2002: a empresa ING transferiu seu investimento da SATMA para a sua controlada STA PARTICIPAÇÕES SA, mediante integralização de

aumento de capital, no valor de R\$ 297.002.178,20 (nos termos do Laudo de Avaliação pela ACAL – fls. 210/218 – o qual tinha avaliado que a participação da ING na SATMA estaria compatível e adequado em relação ao valor de mercado dos títulos, com fundamento econômico de expectativa de lucratividade futura da investida SATMA, levando em consideração a partição desta na investida Sul América Companhia Nacional de Seguros. O lançamento contábil da operação relativa ao aumento de capital pela transferência de titularidade das ações (fls. 1375/1386) foi a débito de uma conta de investimentos, no valor de R\$ 143.428.281,00, referente ao patrimônio líquido da SATMA em abril de 2002, a débito de uma conta de ágio, no valor de R\$ 153.573.897,00, e a crédito de capital social no valor de R\$ 297.002.178,00. Assim, o capital social da STA foi de R\$ 2.301,00 para R\$ 297.004.479,00.

c) Na mesma data a empresa ING permutou suas ações na empresa STA com ações na empresa Sul América S/A – SASA (controladora da SATMA, que por sua vez controlava a empresa Sul América – Cia Nacional de Seguros – SALIC).

d) Em 31/12/2012, a empresa operacional SALIC, ora recorrente, incorporou as empresas SATMA e STA, registrando

¹ Resumidos no acórdão do Recurso Voluntário Acórdão n.º 1302001.145 fls. 3332/3333

em conta de ativo diferido o valor de R\$ 153.573.897,00 (equivalente ao ágio registrado pela STA).

e) A partir de janeiro de 2003 a recorrente passou a amortizar mensalmente os valores de ágio registrados.

f) Com a reestruturação a empresa investidora (ING) passou a deter participação minoritária na holding SUL AMÉRICA S/A – SASA, detentora do controle acionário da SALIC.

Impugnação do contribuinte, requerendo seja exonerado as exigências tributárias cobradas, destacando (fls. 2943/3529):

a) A dedutibilidade dos valores relativos à amortização do ágio proveniente da incorporação da STA Participações SA (STA) pelo contribuinte;

b) A impertinência da aplicação da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96;

c) A impossibilidade de aplicação da multa isolada concomitantemente com a de ofício.

Documentos às fls. 3012/3122.

Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, julgando improcedente a impugnação. Por unanimidade, mantiveram as exigências fiscais relativas ao IRPJ, à CSLL, e às multas exigidas isoladamente de IRPJ e de CSLL, com os respectivos acréscimos legais, observando-se os seguintes pontos (fls. 3124/3143):

a) Afastou-se a arguição de nulidade;

b) Pontuou que as decisões administrativas sem amparo legal não constituem normas complementares do Direito Tributário;

c) São indedutíveis as despesas decorrentes de ágio, se ausentes seus pressupostos;

d) Cabível a imposição da multa qualificada de 150% nas hipóteses definidas na Lei nº 4.502/64;

e) Aplicação da multa isolada sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso;

f) Cabível a aplicação simultânea da multa isolada sobre estimativa não paga e da multa de ofício sobre o tributo devido ao final do período de apuração;

g) Aplicação à tributação reflexa de idêntica solução dada ao lançamento principal.

Colaciona-se a ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

*Ano*calendário: 2006, 2007

NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o auto de infração lavrado por autoridade competente em consonância com a legislação de regência.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

*Ano*calendário: 2006

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas por órgão colegiado, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INEXISTENTE. INDEDUTIBILIDADE.

Ausentes os pressupostos do ágio, são indedutíveis as despesas dele decorrentes.

ÁGIO. EMPRESAVEÍCULO. SIMULAÇÃO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses definidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

MULTA ISOLADA. ESTIMATIVA. REDUÇÃO/SUSPENSÃO INDEVIDA.

Aplicase a multa isolada sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. INFRAÇÕES DISTINTAS. CONCOMITÂNCIA.

É cabível a aplicação simultânea da multa isolada sobre estimativa não paga e da multa de ofício sobre o tributo devido ao final do período de apuração.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplicase à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Recurso voluntário do contribuinte, destacando-se as seguintes alegações (fls. 3154/3243):

- a) A dedutibilidade os valores relativos à amortização do ágio proveniente da incorporação da STA pelo contribuinte;
- b) A impertinência da aplicação da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96;
- c) A impossibilidade de aplicação da multa isolada concomitantemente com a de ofício;
- d) Após a apuração do lucro real anual a multa é aplicada sobre a diferença entre este lucro e a estimativa;
- e) Impossibilidade de aplicação de juros sobre a multa de ofício.

Memoriais da Fazenda Nacional, ressaltando os seguintes argumentos (fls. 3250/3292):

- a) Impossibilidade de dedução do ágio - Ágio interno - Ausência de propósito negocial - Simulação - Jurisprudência do CARF;

b) Juros sobre a multa de ofício.

Contribuinte anexa parecer do professor Eliseu Martins quanto à matéria (fls. 3294/3368).

Acórdão da 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF: por maioria, indeferem a preliminar de nulidade e dá provimento ao recurso voluntário, considerando, em suma (fls. 3369/3409):

- a) Não cabe reconhecimento de ofício de nulidade do lançamento;
b) Nulidade do lançamento por ausência de especificação legal no auto de infração;
c) Possibilidade de amortização do ágio por incorporação reversa;
d) Inaplicabilidade da multa qualificada;
e) Inaplicabilidade de incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício.

Colaciona-se ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007

Ementa:

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA NÃO ALEGADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO.

Se a recorrente compreendeu a imputação feita pela fiscalização e exerceu na plenitude o seu direito de defesa, mormente não tendo argüido qualquer prejuízo em nenhuma das etapas do litígio instaurado, não cabe ao colegiado reconhecer de ofício a nulidade do lançamento.

DA GLOSA DAS DESPESAS ORIUNDAS DO ÁGIO PELA SUA INDEDUTIBILIDADE. ERRÔNEA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Há a necessidade de expressamente constar no auto de infração quais artigos específicos da lei tributária foram violados, sob pena de nulidade do mesmo, por violação do art. 10 da lei 70.235/72, bem como dos direitos fundamentais do Contraditório e da Ampla Defesa.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Não há dispositivo legal que vede ou anule tal ato devendo os atos da administração pública seguir o princípio da legalidade. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA.

A forma da reestruturação empresarial é faculdade do contribuinte desde que observados os dispositivos legais, sendo

incabível a multa qualificada, uma vez que a dedução dos valores de ágio amortizado não possui vedação legal.

Recurso Especial da Fazenda Nacional, indicando as alegadas divergências jurisprudenciais nos seguintes pontos (fls. 3411/3433):

a) A Turma do acórdão paradigma nº 130100.058 julgou que a lei não autoriza a dedução do “ágio de si mesmo” – “despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despende um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa” – da base de cálculo do IRPJ e da CSSL. Afirma, ainda, que o Acórdão paradigma nº 1402001.338, analisando situação fática em tudo parecida ao do presente caso, também decidiu pela indedutibilidade desse ágio criado de forma artificial;

b) Por outro lado, a Turma *a quo* julgou que a lei autoriza a dedução do “ágio de si mesmo” e que eventual pecha de artificialismo dessa despesa tem efeito apenas na área contábil, sem reflexos no campo tributário, face a ausência de previsão legal que impeça a dedução da quantia.

Por fim, ressalta que, como a exoneração do crédito relativo ao ágio amortizado foi o único fundamento utilizado pela decisão *a quo* para afastar as multas e os juros aplicados, em sendo acolhidos os fundamentos do presente recurso, todo o lançamento deve ser restabelecido.

Realizado Exame de Admissibilidade de Recurso Especial, dando-lhe seguimento (fls. 3435/3439).

Contrarrazões do contribuinte, contestando as alegações tecidas pela recorrente, também considerando que resta exonerada do agravamento da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 e dos juros sobre a multa de ofício, eis que não enfrentados nos acórdãos-paradigmas apontados pela recorrente de maneira divergente do recorrido. Destaca-se (fls. 3447/3519):

a) Preliminar de inadmissibilidade do Resp;

Aduz inexistir interpretação divergente de lei tributária entre os acórdãos apontados no Resp como paradigmas e o recorrido. Afirma quanto ao acórdão recorrido que, ao julgar improcedente o lançamento, vencido o relator quanto à preliminar de nulidade, o conselheiro designado para redigir o voto vencedor foi taxativo ao afirmar que o ágio amortizado não era “ágio interno”, mas sim ágio gerado entre partes independentes, inquestionavelmente pago. Em contrapartida, os acórdãos-paradigmas apontados pela recorrente analisam casos de ágio interno.

Nas questões de mérito, aponta as seguintes questões:

b) O ágio não resultou de operação realizada entre empresas do mesmo grupo a que pertencia à recorrida;

c) A recorrente ignorou os fatos narrado e embaralhou os conceitos;

d) A recorrente procurar modificar os fundamentos da autuação;

e) O ágio não foi criado artificialmente, mas resultou de pagamento e de avaliação feita a valor justo, por empresa especializada das ações transferidas para a STA, que haviam sido adquiridas contra pagamento em dinheiro remetido para o Brasil especialmente para esse fim;

f) É nulo o lançamento que impugna laudo de avaliação apresentado pelo contribuinte quando a autoridade administrativa não aponta objetivamente qualquer falsidade ou inexatidão no documento e nas informações nele contidas;

g) Havia propósito negocial na incorporação;

h) Preceitos especiais contidos nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a par das normas contábeis e societárias;

i) Suposto “inchaço patrimonial”;

j) A impertinência da aplicação da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

Voto Vencido

Cristiane Silva Costa - Redatora Ad Hoc Designada

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, de competência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e, tendo em vista que a Conselheira Nathalia Correia Pompeu, relatora do processo, não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, fui designada na condição de Redatora Ad Hoc pelo Presidente da 1ª Turma da CSRF, nos termos do item III, do art. 17, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF).

Informo que, na condição de Redatora Ad Hoc, estritamente transcrevo as razões expostas pela relatora original da decisão. Portanto, a análise do caso concreto reflete a convicção da Conselheira Nathalia Correia Pompeu na valoração dos fatos. Ou seja, não me encontro vinculada: (1) ao relato dos fatos apresentado; (2) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e (3) a nenhuma das conclusões da decisão incluindo-se a parte dispositiva e a ementa.

Destarte, adoto como base a minuta de acórdão inicialmente apresentada quando do julgamento do recurso, bem como o seu resultado, proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, expresso na Ata da sessão ocorrida em agosto de 2016, para formalizar o voto da relatora.

Pressupostos Preliminares

Não obstante a análise da admissibilidade do presente recurso às fls. 3435/3439, cabe aqui uma reavaliação, consolidando-a.

Tempestividade

Reconhece-se a tempestividade do presente recurso. De fato, os autos foram encaminhados à Fazenda Nacional em 10/10/13 (fl. 3410) para ciência do acórdão, configurando-se sua intimação em 09/11/2013, nos termos do art. 23, §9º do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

§ 8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues,

mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação.

§ 9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo.

O recurso foi apresentando em 11/10/13 (fl. 3411), portanto, de acordo com o art. 68 do Anexo II do RICARF.

2. Demonstração da legislação tributária com diversidade de interpretação

O RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, assim estabelecia no art. 67, do Anexo II:

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

No caso em análise, houve a devida demonstração da legislação tributária que supostamente está sendo interpretada de forma diversa pelo acórdão atacado e os paradigmas apontados.

É nesse sentido sua indicação das legislações supostamente atacadas, quando aponta os argumentos da decisão do acórdão-paradigma (fl. 3414):

DESPESA DE ÁGIO

No que diz respeito a esse item, a argumentação básica da Recorrente é de que empreendeu reestruturação visando segregação de ativos, inexistindo artificialismo na apuração do ágio, mas, sim, fiel observância das disposições da Lei nº 9.532, de 1997.

Em outra parte de sua argumentação, a recorrente também assim se refere (fl. 3415):

O entendimento da e. Turma a quo no acórdão recorrido é no sentido de que o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (denominado ágio de si mesmo), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo, não relevando na análise a substância econômica da operação. Assim, para o relator, a simples incorporação reversa, dá ensejo ao ágio que poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Portanto, a discussão paira na análise dos efeitos da Lei nº 9.532/97 no reconhecimento do ágio.

Matéria: reorganização societária. Ágio. Efeitos tributários na apuração do IRPJ e da CSLL. Amortização.

3. Indicação de paradigmas

O RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, assim estabelecia no art. 67, do Anexo II:

*§ 6º 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.

§ 7º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 8º Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou da Imprensa Oficial.

§ 9º As ementas referidas no § 7º poderão, alternativamente, ser reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

§ 10. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independentemente da reforma específica do paradigma indicado.

A recorrente devidamente apontou dois acórdãos-paradigmas, proferidos pela Primeira Turma da Terceira Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF (Acórdão nº 130100.058) e pela 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária (Acórdão nº 1402001.338), colacionando a íntegra das ementas, extraídas a seguir (fl. 3413/3414 e 3416):

. 1º paradigma: despesas de ágio decorrentes de expectativas de rentabilidade do beneficiário da redução tributária

Processo nº 16561.000027/200761

Recurso nº 164.875 Voluntário

Acórdão nº 130100.058 — 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 13 de maio de 2009

Matéria IRPJ E OUTROS EXS. 2004 e 2005

*Recorrente ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A
Recorrida 5ª TURMA DA DRJ SÃO PAULO SP*

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Exercício: 2003, 2004, 2005

Ementa:

RESGATE DE AÇÕES. VARIAÇÃO CAMBIAL — A variação cambial apurada em resgate de ações não se confunde com a flutuação cambial decorrente de ajuste de equivalência patrimonial, devendo, por expressa disposição de lei, ser submetida à incidência do imposto de renda e das contribuições sociais lançadas por via reflexa.

Não obstante, a identificação de erro na determinação da matéria tributável impõe a devida correção por parte da autoridade julgadora.

DESPESA DE ÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE — Não há que se falar em despesas de ágio na situação em que os montantes correspondentes decorrem de expectativas de rentabilidade daquele que se beneficiou da redução do lucro tributável.

JUROS SELIC — A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia — SELIC para títulos federais. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (destaques da recorrente)

. 2º paradigma: amortização de ágio entre empresas de mesmo grupo econômico ausente contrapartida de terceiro que gere tal dispêndio

Processo nº 10920.720688/201008

Recurso no Voluntário

Acórdão nº 1402001.338 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 6 de março de 2013

Matéria IRPJ E CSLL AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Recorrente MIME DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL. Em relação à decadência, a contagem do prazo deve ter como base a data a partir da qual o Fisco poderia efetuar o lançamento, ou seja, a data do fato gerador da obrigação. Sob essa ótica, para efeito de tributação da amortização indevida do ágio, a simples apuração desse ágio não dá azo a qualquer infração a qual só poderia, eventualmente, caracterizar-se quando da amortização. Isso porque o valor amortizado é despesa que reduz o resultado tributável gerando, quando indevida, a infração passível de lançamento.

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

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. DESCABIMENTO. Descabe a imputação da multa qualificada quando não demonstrada cabalmente a ocorrência da fraude.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. Cabe a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base na taxa SELIC, nos termos do art. 61, caput e § 3º, da Lei no 9.430/96. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (destaques da recorrente)

Neste sentido foi a conclusão da análise da admissibilidade do recurso (fls.

3438/3439):

Têm-se, de fato, empresas sob o mesmo controle acionário que promovem reorganização societária e a reavaliação com base em rentabilidade futura, sem propósito negocial outro, e duas

foram as soluções, antagônicas, quanto à possibilidade de deduzir o ágio gerado nestas operações do lucro.

Pelo exposto, vê-se nos casos apresentados que a divergência apontada no Recurso Especial oferecido pela Procuradoria da Fazenda Nacional resta devidamente caracterizada, razão pela qual deve ser dado seguimento à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Confrontando-se as disposições expressas nas ementas dos acórdãos-paradigmas, juntamente com seus correspondentes votos condutores, com o quanto decidido pelo acórdão *a quo*, não se evidencia o alegado dissenso jurisprudencial quanto aos paradigmas, eis que constatadas situações fáticas e jurídicas distintas.

Constatou-se na análise do caso julgado pelo 1º acórdão-paradigma a existência de fraude para a configuração do ágio, ponto este ressaltado pela própria recorrente em suas razões recursais. Extrai-se parte das razões recursais daquele acórdão colacionado pela recorrente (fl. 3415):

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despende um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa. Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada à empresa ERNST & YOUNG. O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas. Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos. A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.” (grifos no original).

De fato, em análise perfunctória da ementa do referido acórdão, dá-se a impressão de que há similitude fático-jurídica nas situações em análise. Entretanto, as razões que efetivamente levaram à tal conclusão se baseiam no fato de se ter considerado ali a realização de simulação para driblar a incidência tributária nos moldes autuados. Colaciona-se mais uma parte do voto naquele julgado (fl. 21 do acórdão):

Com efeito, a referida autoridade, após explicitar de forma minuciosa os fatos que, segundo sua análise, demonstravam a absoluta impossibilidade de se admitir a dedutibilidade da despesa, fez considerações acerca dos institutos da elisão, evasão e simulação para retrucar afirmações apresentadas pela contribuinte em sua peça impugnatória, senão vejamos: (...)

(grifos nossos)

Insusbsistente a similitude alegada, o referido acórdão não há que ser considerado como paradigma ao presente caso.

De igual forma, o 2º paradigma – Acórdão nº 1402001.338 – não configura-se legítimo a ser aceito aqui como referência. Extrai-se, além da ementa acima destaca, o que aqui reproduzo, parte de suas razão de julgamento (fl. 19 do acórdão):

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

(...)

A argumentação do sujeito passivo, em sua grande parte, mostrar-se-ia plenamente aceitável se não houvesse, no caso, a circunstância de se tratar de ágio gerado entre empresas do mesmo grupo econômico.

Para caracterização da aquisição da participação societária que gerou o ágio deve ficar claramente identificada a ocorrência do pagamento.

Registre-se que o cerne da questão é a ocorrência de dispêndio para obter algo de terceiros, que não pertença ao adquirente, de forma a definir a aquisição. Não se trata, como ocorre no presente caso, do estabelecimento do valor patrimonial do investimento pelos próprios sócios.

É inquestionável que o termo aquisição pode ter uma extensa gama de significados. Existem várias formas através das quais um bem ou direito muda de propriedade, com utilização de diferentes mecanismos voltados ao cumprimento das condições necessárias ao aperfeiçoamento do negócio jurídico. Entretanto, nessas situações sempre ocorre a presença do terceiro como contraparte, circunstância essa inexistente no caso sob exame.

Todas as empresas participantes das operações sob exame pertenciam ao mesmo grupo econômico e eram controladas pelas mesmas pessoas. Como aceitar que uma operação societária entre elas possa gerar os mesmos efeitos que aquela efetuada entre terceiros não relacionados? (g/n)

Já o acórdão recorrido é expresso em reconhecer a existência de partes independentes, e o faz nos seguintes termos:

E, por fim, a empresa operacional (investida indireta), absorveu por incorporação as empresas SATMA e STA, passando a reconhecer e amortizar o ágio anteriormente pago.

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração da participação societária, com expressiva redução da participação do grupo controlador.

A circunstância do ágio, originalmente pago pela empresa investidora no exterior, ter sido transferido para outra empresa sob seu controle a meu ver não o desnatura. Observe-se que a empresa estrangeira já detinha a participação na empresa STA quando efetuou a aquisição das ações da empresa SATMA. Assim, se tivesse feito a capitalização da empresa STA com os recursos enviados em dinheiro do exterior e esta subscrito e integralizado as ações da empresa SATMA o resultado, quanto ao ágio, seria exatamente o mesmo.

Não cabe aqui perquirir as razões econômicas, financeiras ou comerciais da empresa investidora ao optar pela formação do negócio do modo como efetivou. **Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se vale licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses.**

No presente caso entendo que restaram caracterizadas: **a existência de motivação econômica para a operação, a independência entre as partes na formação do preço pago** pela participação, a existência de efetivo pagamento do ágio (baseado em laudo de avaliação de empresa especializada) e, a modificação da participação no controle (indireto) da empresa operacional após a reorganização, com a redução da participação dos antigos controladores. (g/n)

Restando vencida, adentro no mérito.

Mérito

A questão em disputa consiste em saber os efeitos tributários do ágio em reorganização societária, especificamente quanto à sua possibilidade de redução/exclusão, a título de amortização de ágio de empresa incorporada, na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

1. Premissas adotadas

O impacto do ágio na seara fiscal foi tema amplamente debatido por este órgão administrativo, resultando, inclusive, na edição de um livro de debate da temática em análise de casos sobre seu aproveitamento no IRPJ e CSLL. Extraem-se deste algumas observações tecidas ao instituto ao ponto em baila²:

As partes têm liberdade para contratar em decorrência da manifestação de vontade para a prática do negócio jurídico, sepre com a atenção à legislação vigente (...)

A manifestação de vontade destacada, indispensável para a prática do negócio jurídico, bem como o preço relacionado à manifestação, possuem relação direta com a análise do ágio (ou deságio) [...].

² VALENTIM NETO, Geraldo; SOUZA, Fernanda C. Gomes de. Ágio: requisitos para sua consideração – análise do Acórdão n. 1301-001.224, in Análise de cassos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo: MP, 2016, p. 223-224.

Conforme ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira, “a aquisição de uma participação societária contábil (situação de ágio), ou o pagamento de um preço inferior a esse mesmo paradigma (situação de deságio), não passa de um ato de vontade da pessoa adquirente, e a razão pela qual ela paga mais ou paga menos do que o valor patrimonial contábil está indissociavelmente ligada ao motivo pelo qual ela adquire pagando tal preço”. (...)

Se o ágio de relaciona com o preço do investimento, também consiste em parcela significativa para a fixação do valor do investimento, uma vez que afetar – ou não – diretamente o seu aproveitamento sob o ponto de vista fiscal, notadamente na apuração de lucro real para fins de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL).

Além disso, se o ágio também corresponde à diferença entre o custo de aquisição de determinado investimento e o seu real valor patrimonial, pode-se dizer que o pagamento do ágio decorre da visão ou projeção que o comprador tem dos resultados futuros do seu investimento, considerando a possibilidade de aproveitar o ágio pago na compra do ativo, para efeitos tributários.

O estudo acima apontado adveio da análise do acórdão nº 1301-001.224, proferido pela 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção de Julgamento do CARF, em que se conceituou, com maestria, o referido instituto, nos seguintes termos:

Sabidamente, o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de determinado investimento e o seu valor patrimonial, de sorte que ele, falo do ágio, se apresenta sempre que uma das partes, munida de desígnios variados, a exemplo da expectativa de rentabilidade futura, propõe-se a pagar pelo investimento um valor maior do que aquele que corresponde ao seu patrimônio líquido.

A configuração do ágio interno deve ser analisada com cautela, pautada em prova inequívoca de sua realização e considerando os demais pontos legislativos que o fundamenta.

É cristalino em diversos julgados desse contencioso administrativo que há *ágios internos e ágios internos*³, ou seja, é legítima a possibilidade de seu aproveitamento fiscal desde que devidamente apurado, como se deu o entendimento do acórdão aqui recorrido.

Não obstante a existência de sucessivas modificações normativas quanto à matéria em baila, há de se analisar a incidência dessas legislações ao caso concreto considerando-se o período apurado (2006 e 2007), em correspondência com a legislação vigente à época, e de se perquirir se houve reorganização societária com o fito de criação artificial de ágio – esta já rechaçada de pronto pelos regramentos fiscais, que em nenhum momento do TVF incitou tal possibilidade.

Assim, a análise do caso tem de ser realizada considerando tudo quanto legítimo, pois a desconsideração de atos ou negócios jurídicos apenas se perfaz no âmbito

³ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio interno sem causa ou “artificial” e ágio interno com causa ou real – distinções necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). Controvérsias jurídico-contábeis: (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2012. p. 194-214.

tributário quando praticados com fins de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária previstos em lei. Não cabe, portanto, mera inferência de ilegalidade, caso não comprovada de fato. Essa é a previsão do Código Tributário Nacional, trazendo norma antielisiva meramente declaratória – e não auto-executável –, nos seguintes termos:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

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.

(grifou-se)

Faz-se salutar ressaltar que, na seara tributária, a questão da legalidade é ainda mais rígida, diante da necessidade de observância do princípio da legalidade estrita, em consonância com a garantia constitucional a seguir transcrita:

SEÇÃO II

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

Esse princípio constitucional tem correspondência legal no Código Tributário Nacional, que elenca rol *numerus clausus* à instituição, majoração e extinção de tributo, definição de fato gerador, fixação de alíquota e sua fase de cálculo (art. 97 do CTN). Tal composição exaustiva tem sido intitulada pelos doutrinadores, em várias denominações, a saber: Estrita Legalidade, Tipicidade Fechada (Regrada ou Cerrada) e Reserva Legal.

Por fim, finalizando as premissas que serão adotadas para o presente caso, antes de adentrar à análise específica, oportuno destacar que um fator a ser verificado a fim de manter a possibilidade de amortização fiscal do ágio é a existência de fluxo financeiro envolvidos na operação de aquisição – custo de aquisição.

Vale destacar que, para consecução do custo de aquisição, não é só a entrega de dinheiro – "dinheiro em espécie" – que representará a essência econômica das atividades realizadas.

2. Análise do caso ora apresentado

A recorrente afirma que o contribuinte faz parte de um grupo econômico de pessoas jurídicas que realizou operações societárias, sendo que a combinação dessas operações gerou um ágio indevido internamente, obtendo reflexos na apuração do IRPJ e da CSLL. Assim descreve a situação fática (fls. 3412/3413):

As operações societárias realizadas com o propósito exclusivo de obstaculizar a incidência de tributos ordinariamente devidos envolveram as seguintes sociedades:

STA Participações S.A (STA) (antiga Jacoticatubas Comercial Ltda.)

SATMA Sul América Participações S.A (SATMA)

Sul América Companhia Nacional de Seguros (Contribuinte Recorrida, também referida nos autos como SALIC)

ING Insurance International B.V. (ING)

Sul América S.A. (SASA)

*A sociedade **STA** nasce em 11/09/2001, com capital social de R\$ 100,00 e com a razão social inicial de **Jacoticatubas Comercial Ltda.**, sendo que seu quadro societário foi alterado em 22/02/2002, para que seus sócios passassem a ser Gesellschaft Participações Ltda. (R\$ 99,00) e Schaft Participações Ltda. (R\$ 1,00).*

*Já em 10/04/2002, a Gesellschaft Participações Ltda. transfere suas 99 quotas para **ING Insurance International B.V.**, enquanto a Schaft Participações Ltda. transfere sua quota para **Potachuelo Comercial Ltda.***

*No mesmo ato societário de 10/04/2002, os novos sócios aumentam o capital para R\$ 2.301,00, sendo que a **ING Insurance International B.V.** detém 2.300 quotas, enquanto a **Potachuelo Comercial Ltda.** detém 1 quota. Além disso, transformam o tipo societário (de Limitada para Sociedade Anônima), cuja denominação passa a ser **STA Participações S.A.***

*Em 10/05/2002, a totalidade das ações da **STA** foi transferida pela **ING Insurance International B.V.** para a holding **Sul América S.A. (SASA)**.*

*No que se refere ao **surgimento do ágio** discutido nos presentes autos, é preciso mencionar que a **ING Insurance International B.V.**, em 10/04/2002, ou seja, na mesma data em que adquiriu a antiga **Jacoticatubas** e a transformou em **STA Participações S.A.**, subscreveu aumento de capital da **SATMA Sul América Participações S.A.**, empresa que controlava diretamente a **Sul América Companhia Nacional de Seguros (Contribuinte Recorrida)**.*

*Com o aumento de capital da **ING** na **SATMA**, o capital social desta última passou de R\$ 174.442.561,60 para R\$ 471.444.739,80.*

*Em 10/05/2002, a **ING** transferiu seu investimento na **SATMA** para a **STA**, mediante a integralização de aumento de capital na **STA**, no valor de R\$ 297.002.178,20, com a sua participação detida na **SATMA**. A integralização teve por fundamento a expectativa de rentabilidade futura da **SATMA**, levando em consideração a participação dela na **Sul América Companhia Nacional de Seguros (Contribuinte Recorrente)**, e teve suporte em Laudo de Avaliação emitido pela ACAL em 10/05/2002.*

Os lançamentos contábeis realizados por ocasião desta operação reportam "débito de uma conta de investimentos, no valor de R\$ 143.428.281,00, referente ao patrimônio líquido da SATMA Sul América Participações S/A em abril de 2002, a débito de uma conta de ágio, no valor de R\$ 153.573.897,00 e a crédito de capital social, no valor de R\$ 297.002.178,00. Com isso, o capital social da STA PARTICIPAÇÕES S/A saltou de R\$ 2.301,00 para R\$ 297.004.479,00" (TVF fls. 10).

A finalização de toda a engenharia societária, estruturada com o propósito de possibilitar a dedução de ágio artificial e internamente gerado, ocorre em 31/12/2002, quando a Contribuinte Recorrida (Sul América Companhia Nacional de Seguros) incorpora a STA e a SATMA.

Após, a Contribuinte Recorrida passa a amortizar mensalmente valores a título de ágio, de janeiro de 2003 a dezembro de 2007.

São estas operações (e seus efeitos, que perduram no tempo) que são objeto do presente PAF. (...)

(destaques no original)

Sendo assim, aduz que a presença da ING Insurance International B.V. como maestro de todas as operações, sucessivas e estruturadas afasta qualquer independência entre as partes envolvidas na operação, não sendo possível falar em ágio interno; insiste na ausência de propósito negocial, fundamental para a caracterização do ágio na forma pretendida pelo contribuinte, e refuta a possibilidade de um ágio criado internamente ser hábil a gerar despesa dedutível nos termos do art. 386 do RIR/99.

O Acórdão ora atacado decidiu a questão nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007

Ementa:

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA NÃO ALEGADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO.

Se a recorrente compreendeu a imputação feita pela fiscalização e exerceu na plenitude o seu direito de defesa, mormente não tendo argüido qualquer prejuízo em nenhuma das etapas do litígio instaurado, não cabe ao colegiado reconhecer de ofício a nulidade do lançamento.

DA GLOSA DAS DESPESAS ORIUNDAS DO ÁGIO PELA SUA INDEDUTIBILIDADE. ERRÔNEA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Há a necessidade de expressamente constar no auto de infração quais artigos específicos da lei tributária foram violados, sob pena de nulidade do mesmo, por violação do art. 10 da lei 70.235/72, bem como dos direitos fundamentais do Contraditório e da Ampla Defesa.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio

que surge em operações entre empresas sem vínculo. Não há dispositivo legal que vede ou anule tal ato devendo os atos da administração pública seguir o princípio da legalidade. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA.

A forma da reestruturação empresarial é faculdade do contribuinte desde que observados os dispositivos legais, sendo incabível a multa qualificada, uma vez que a dedução dos valores de ágio amortizado não possui vedação legal.

Oportuno destacar que a legislação aplicável ao caso em baila, considerando-se a existência de alterações legais essenciais à matéria, não se aplicando a superveniência da legislação referente à matéria, será a lei nº 9.532/97.

Assim dispõem os arts. 7º, III, e 8º, da Lei nº 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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

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;

(...)

§ 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;

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.

Por seu turno, os arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – Decreto nº 3.000/99 – assim estabelecem:

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:

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.

(...)

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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:

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

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

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

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

(...)

§6º - O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando:

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

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

Percebe-se que os referidos dispositivos permitem que a pessoa jurídica absorva, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio fundado em perspectiva de rentabilidade futura, e que poderá reconhecer as contrapartidas de amortização do ágio como despesas dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL.

E mais: o ônus da prova da inveracidade dos fatos incumbia à autoridade administrativa, como estabelece o Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, *in verbis*:

Art.923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

Art.924. Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no artigo anterior.

Não fora demonstrada qualquer irregularidade na estruturação da reorganização empresarial ou de seus registros contábeis, consignando-se a inexistência de fraude ou simulação. O acórdão recorrido assim considerou quanto a esse ponto (fl. 3394):

(...) em criteriosa análise do processo percebese que o AFRFB não provou cabalmente qualquer simulação, se limitando apenas em alegar que a reestruturação societária da recorrente não teve um fundamento econômico, o que descaracterizaria o ágio amortizado.

No entanto, o AFRFB deveria ter trazido aos autos informações, documentos e fatos que comprovassem que realmente houve a famigerada simulação, fraude ou falsificação, é dele o ônus da prova para poder desconstituir um fato gerador e imputar outro.

(destaques no original)

Após considerar aspectos constitucionais como a liberdade de auto-organização do contribuinte e os fundamentos da existência ágio e das condições para sua amortização, assim consignou o Conselheiro-relator designado em suas razões de voto sobre a legalidade da reorganização societária e suas consequências fiscais ora analisadas, aduzindo, inclusive, que sequer trata de ágio interno (fls. 3408/3409), mas de ágio pura e simplesmente - o que seria, de acordo com as premissas iniciais, o ágio legítimo e não aquele ágio sem substrato econômico:

3. Do exame das operações e da existência e aproveitamento do ágio

(...)

A autoridade fiscal responsável pelo lançamento entendeu ter havido a criação de ágio interno, motivo pelo qual o mesmo não poderia ser reconhecido nem amortizado.

Entendo que desta feita não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores.

No presente caso ocorreu a subscrição integralização do capital, com pagamento em moeda, remetido do exterior por uma empresa estrangeira (ING), com aquisição efetiva de participação na empresa investida (24,5% da empresa SATMA), por valor superior ao patrimônio escriturado, com base em laudo de avaliação de empresa de consultoria especializada. Neste momento verificouse o pagamento de ágio na subscrição e integralização do capital.

Em momento seguinte a empresa estrangeira aumentou capital em empresa controlada no país (STA), mediante a transferência dessa participação adquirida da empresa SATMA, pelo mesmo valor pago, ou seja, o valor patrimonial das ações subscritas, mais a incorporação do ágio pago na integralização.

Na sequência registrou-se a permuta de ações da empresa STA com os controladores da empresa SASA (outra holding do grupo), por ações desta.

E, por fim, a empresa operacional (investida indireta), absorveu por incorporação as empresas SATMA e STA, passando a reconhecer e amortizar o ágio anteriormente pago.

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração da participação societária, com expressiva redução da participação do grupo controlador.

A circunstância do ágio, originalmente pago pela empresa investidora no exterior, ter sido transferido para outra empresa sob seu controle a meu ver não o desnatura. Observe-se que a empresa estrangeira já detinha a participação na empresa STA quando efetuou a aquisição das ações da empresa SATMA. Assim, se tivesse feito a capitalização da empresa STA com os recursos enviados em dinheiro do exterior e esta subscrito e integralizado as ações da empresa SATMA o resultado, quanto ao ágio, seria exatamente o mesmo.

Não cabe aqui perquirir as razões econômicas, financeiras ou comerciais da empresa investidora ao optar pela formatação do negócio do modo como efetivou. Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se vale lícitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses.

No presente caso entendo que restaram caracterizadas: a existência de motivação econômica para a operação, a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação, a existência de efetivo pagamento do ágio (baseado em laudo de avaliação de empresa especializada) e, a modificação da participação no controle (indireto) da empresa operacional após a reorganização, com a redução da participação dos antigos controladores.

Do ponto de vista estritamente fiscal entendo que a reorganização societária realizada vai ao encontro dos dispositivos legais, já analisados anteriormente, que permitiam ao contribuinte beneficiar-se do ágio pago, mediante a sua amortização mensal na base de 1/60 avos. Ou seja, não existindo vícios na formação do ágio e verificandose a situação prevista no art. 386 do RIR/1999 é direito da recorrente promover a amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, apurado e registrado nas operações societárias.

Note que a tese da recorrente é no sentido de reargumentar que esse tipo de reorganização empresarial fora fraudulenta, gerando ágio simulado. Não apresenta, contudo, qualquer substrato capaz de macular o quanto já analisado no presente processo administrativo. Quer-se, com isso, uma nova análise fática em sede recursal. Segue excerto de sua argumentação (fls. 3417/3418 e 3422):

Com efeito, as operações societárias não encontram qualquer respaldo fático negocial, tendo servido como mero artifício de economia tributária. As operações entre a empresa veículo STA

e a **SATMA**, em que o capital social da **STA** foi integralizado mediante participação societária na **SATMA**, reavaliada com ágio, tratam-se de círculo vicioso, com mera existência formal, com vistas à geração de ágio interno. (...)

Além de não representar o efetivo pagamento de qualquer valor a título de ágio, as operações de aumento de capital e incorporação reversa levadas a termo pelo não tem qualquer **propósito comercial**. (...)

Quanto ao ágio amortizado pela **Sul América Companhia Nacional de Seguros (Contribuinte Recorrida)**, acertada fora a constatação da Autoridade Fiscal de que ele fora criado artificialmente, não sendo possível, portanto, a sua dedução na conta de resultado da empresa fiscalizada. Conforme se mostrará a seguir, **o ágio utilizado pela Contribuinte em epígrafe não existiu de verdade, fora criado apenas no papel, pois não apresenta propósito comercial e substrato econômico que justifique o seu surgimento**. (grifos no original).

Não comprovada simulação ou fraude nos atos de reorganização societária nos moldes alegados, as operações de ágio dela decorrentes devem ser reconhecidas como legais. De igual forma, porque incabível reanálise de provas na presente seara recursal, improcedem maiores indagações quanto aos elementos fáticos já discutidos nos autos.

Ademais, entendo que resta comprovado a existência de partes independentes - investidor, o que utilizo-me das argumentações do acórdão nos seguintes termos:

Assim é que, **em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses, havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização**.

(...)

Entendo que desta feita não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores. No presente caso ocorreu a subscrição integralização do capital, com pagamento em moeda, remetido do exterior por uma empresa estrangeira (ING), com aquisição efetiva de participação na empresa investida (24,5% da empresa SATMA), por valor superior ao patrimônio escriturado, com base em laudo de avaliação de empresa de consultoria especializada. Neste momento verificou-se o pagamento de ágio na subscrição e integralização do capital. Em momento seguinte a empresa estrangeira aumentou capital em empresa controlada no país (STA), mediante a transferência dessa participação adquirida da empresa SATMA, pelo mesmo valor pago, ou seja, o valor patrimonial das ações subscritas, mais a incorporação do ágio pago na integralização.

Na sequência registrou-se a permuta de ações da empresa STA com os controladores da empresa SASA (outra holding do grupo), por ações desta. E, por fim, a empresa operacional (investida indireta), absorveu por incorporação as empresas

SATMA e STA, passando a reconhecer e amortizar o ágio anteriormente pago. (g/n)

Diante de toda a operação realizada, confirmada no TVF e nos acórdãos que se seguem no processo, entendo que houve uma transação com propósito negocial, que representou efetiva alteração patrimonial. Nesse ponto, destaco que "entregar ações para adquirir quaisquer ativos, significa entregar recursos, ou seja, entregar ativos para aquisição de outros ativos.

No exemplo do professor Eliseu Martins⁴, a fim de confirmar o quanto disposto sobre as variadas formas de se confirmar economicamente um custo de aquisição:

Se alguém adquirir um imóvel com a entrega de ações da própria adquirente, significará que esse imóvel não terá custo? Logo, jamais poderá ter seu custo de aquisição depreciado? Se vendido, jamais poderá ter seu custo baixado contra o prego de venda para a mensuração do lucro ou do prejuízo? Carece de sentido econômico e de sentido contábil a afirmação apresentada no TVF.

(...)

Se uma entidade receber, por conta de liquidação de um valor a receber, um automóvel de um devedor, não poderá reconhecer esse bem no seu ativo? Fazendo-o, não passará esse valor a ser tomado como seu custo de aquisição? Não será a depreciação obrigatória com base nesse custo de aquisição? Se vendido, não será o lucro ou prejuízo apurado entre o valor da alienação e esse custo, líquido da depreciação já reconhecida?

Ainda com relação ao parecer do professor retro referenciado, destaco:

As operações realizadas pela consultante foram realizadas pelo seu valor justo sem qualquer indicio que justifique o contrário. Tais transações possuíam propósito negocial oriundo da lógica societária das operações realizadas. Ignorar esse fato equivale a desconsiderar os fatos apresentados. Eram partes independentes entre si e não se pode presumir que partes independentes, e do porte das em comento, estariam negociando por valores que não justos.

Por fim, conforme destacado pelo relator no acórdão recorrido, outros objetivos mostram que a reorganização societária também teve viés econômico: (i) integração de projeto de reestruturação societário do Grupo Sul América, do qual resultará maior eficiência operacional e administrativa; (ii) a otimização administrativa e operacional contempla a concentração de determinadas atividades e ativos, evitando a multiplicação de estruturas voltadas para o mesmo fim; (iii) fortalecimento da estrutura financeira da recorrente, por intermédio do incremento da sua capacidade de geração de fluxo de caixa e de investimento. (Protocolo e Justificação de Incorporação – fls.26/33).

Dessa forma, acertada foi a decisão do acórdão recorrido no sentido de cancelar a glosa das despesas relacionadas com a amortização do ágio, considerando-se que o contribuinte agiu em consonância com a lei e dispositivos específicos ora autorizadores.

Assim, tem-se por insubsistente o presente recurso especial.

Conclusão e dispositivo do voto

⁴ parecer juntado aos autos do processo aqui já referido

Diante da ausência de comprovação de irregularidades na reorganização societária ao caso em análise, não se devem considerar legais as operações de ágio dela decorrentes.

Voto, portanto, no sentido de **NÃO CONHECER**, e, restando vencida, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)
Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator Designado

Apesar da bem fundamentada exposição da ilustre relatora, peço vênica para divergir, em relação ao conhecimento e o mérito.

I. Admissibilidade.

A PGFN indicou como acórdãos paradigmas os de nº 1301-00.058 e 1402-001.338.

A relatora entendeu que, para nenhum dos dois casos, não teria restado demonstrada a divergência da interpretação tributária em relação à decisão recorrida.

Ocorre que, ao apreciar o acórdão nº 1402-001.338, deparei-me com situação no qual a relatora faz referência a excerto localizado à e-fl. 3408, do acórdão proferido pela turma *a quo*, para fundamentar sua conclusão, transcrito a seguir:

Já o acórdão recorrido é expresso em reconhecer a existência de partes independentes, e o faz nos seguintes termos:

E, por fim, a empresa operacional (investida indireta), absorveu por incorporação as empresas SATMA e STA, passando a reconhecer e amortizar o ágio anteriormente pago.

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração da participação societária, com expressiva redução da participação do grupo controlador.

A circunstância do ágio, originalmente pago pela empresa investidora no exterior, ter sido transferido para outra empresa sob seu controle a meu ver não o desnatura. Observe-se que a empresa estrangeira já detinha a participação na empresa STA quando efetuou a aquisição das ações da empresa SATMA. Assim, se tivesse feito a capitalização da empresa STA com os recursos enviados em dinheiro do exterior e esta subscrito e integralizado as ações da empresa SATMA o resultado, quanto ao ágio, seria exatamente o mesmo.

*Não cabe aqui perquirir as razões econômicas, financeiras ou comerciais da empresa investidora ao optar pela formatação do negócio do modo como efetivou. **Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se***

vale licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses. (grifos originais)

No excerto transcrito, entendeu-se que a operação de reorganização societária não teria sido intragrupo. Contudo, tal entendimento foi proferido pela **declaração de voto** do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Para a matéria glosa de despesa de amortização de ágio, o voto do relator Marcio Rodrigo Frizzo prevaleceu, tendo sido acompanhado pela maioria. Vale transcrever o dispositivo do acórdão:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em indeferir a preliminar de nulidade, vencido o Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo (Relator) e em dar provimento ao recurso voluntário, vencido o conselheiro Eduardo de Andrade. Designado redator o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado para redigir o voto vencedor. (grifei)

Da leitura do corpo da decisão, verifica-se que, em relação à nulidade, o relator foi vencido, razão pela qual o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado redigiu o voto vencedor, **apenas em relação à preliminar**. Por sua vez, quanto ao mérito, o entendimento do relator foi acompanhado pela maioria do Colegiado (foi vencido o Conselheiro Eduardo de Andrade), e foi redigida declaração de voto pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que, apesar de votar no mesmo sentido do relator, adotou outras conclusões.

Portanto, o voto do acórdão recorrido, que deve ser **objeto de comparação** com a decisão paradigma, **deve ser o proferido pelo Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo**, e não a declaração de voto do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

E, transcrevendo o voto do relator (e-fls. 3395/3396), verifica-se que seu entendimento, em relação ao fato de que as operações ocorreram dentro do mesmo grupo econômico, foi diverso em relação àquele da declaração de voto:

*É imperioso destacar que no direito tributário existe a figura da estrita legalidade, princípio que norteia a relação administração pública e contribuinte, e que exige do Fisco uma atuação dentro dos limites legalmente previstos. Significa dizer **que a autoridade competente, ao realizar o lançamento tributário, tem o dever legal de observar estritamente o disposto em lei, sendo uma das principais garantias do contribuinte contra a força estatal.***

Em suma:

(i) A lei de regência do ágio (lei 9.532/97) não limita a possibilidade de amortização do chamado ágio interno, ou seja, não há qualquer vedação para sua amortização, mesmo em operação de empresa de um mesmo grupo econômico;

(ii) Não existe norma antielisão regulamentada, ou seja, o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, não foi regulamentado. Assim, a autoridade administrativa, que deve ficar vinculada a lei ordinária (ainda inexistente), não pode desconsiderar um fato gerador e definir outro em seu lugar.

(iii) Não restou comprovada a existência de simulação na reorganização societária realizada, o que o auditor se limitou a provar foi que a reorganização ocorreu entre partes

relacionadas e empresas de um mesmo grupo, o que é fato incontroverso. Porém, não existe prova de que não era realmente este o resultado que a recorrente visava buscar, ou seja, a vontade interna e a externa da recorrente eram a mesma: a reestruturação societária e em consequência a criação e posterior amortização do ágio, dentro dos limites legais;

Portanto, no mérito julgo procedente o recurso voluntário interposto pela recorrente no sentido de cancelar a glosa dos valores referentes ao ágio criado e amortizado no período fiscalizado e demonstrado no auto de infração por serem eles dedutíveis, uma vez que criados com observância das disposições legais.(grifos originais)

Reforço registro realizado no item (iii), de que o que o auditor se limitou a provar foi que **a reorganização ocorreu entre partes relacionadas e empresas de um mesmo grupo, o que é fato incontroverso.**

Resta nítido que, enquanto o relator, acompanhado pela maioria do Colegiado, entendeu que a reorganização societária foi intragrupo, a declaração de voto (do qual a relatora tomou como parâmetro para verificar se ocorreu a divergência com o acórdão paradigma), interpretou que as operações societárias não teriam sido intragrupo.

E, como já dito, o cotejo entre decisão paradigma e decisão recorrida é entre a interpretação unânime ou em maioria dada pelos Colegiados, e não aquela proferida em sede de declaração de voto.

Portanto, sob essa perspectiva, passo a analisar se restou demonstrada divergência entre a decisão recorrida e a proferida no paradigma nº 1402-001.338, cuja ementa, na parte que interessa, é a que segue:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a formalização do ágio como decorrência de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio. (grifei)

Transcrevo ementa da decisão recorrida, em relação à matéria em debate:

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Não há dispositivo legal que vede ou anule tal ato devendo os atos da administração pública seguir o princípio da legalidade. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. (grifei)

Como se pode observar, sob a luz dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, verifica-se ocorrência de entendimentos divergentes entre a decisão da turma a quo e do paradigma. Ambos se deram com utilização de empresas de passagem, com curta duração, e entre empresas do mesmo conglomerado empresarial, e tiveram cognição distinta para cada um dos Colegiados.

Resta evidente que, **caso fosse aplicado no acórdão recorrido o mesmo entendimento proferido pelo acórdão paradigma**, as reorganizações empreendidas não seriam eventos aptos a consumir a hipótese de incidência prevista no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

Caracterizada, portanto, divergência na interpretação da legislação tributária prevista no art. 67 do Anexo II do RICARF⁵.

Nesse sentido, conheço o Recurso Especial da PGFN.

Passo ao exame do mérito, sobre despesa de amortização do ágio.

II. Mérito

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

⁵ 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. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

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 escritural⁶. 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.

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

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.

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão⁷.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997⁸, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁹ 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

⁷ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁸ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista¹⁰ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporadora (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.

¹⁰ 10 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.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(grifei)

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração

devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentiva da), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹¹.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

¹¹ 11 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).

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 ATALIBA¹².

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.

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

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

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 pessoa jurídica A faz a amortização do ágio.

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

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

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, e m 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. SCHOUER¹³, 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 sobre preço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida

¹³ 13 SCHOUER, 2012, p. 62.

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 de tenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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

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 ex posto 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 o sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Vale apreciar a sequência dos fatos, ocorrida no grupo Sul América:

1º) Em 10/05/2002, a ING INSURANCE INTERNATIONAL B.V. ("ING"), empresa com sede no exterior, subscreveu aumento de capital na SATMA - Sul América Participações S.A. ("SATMA"), integralizado em moeda corrente, em valor superior ao do patrimônio líquido, conforme laudo de avaliação com fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura, que levou em consideração, inclusive, o investimento que a SATMA detinha na Contribuinte, SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS ("SULAM").

2º) Na mesma data, a ING transferiu seu investimento na SATMA para a STA Participações S/A ("STA"). Assim, a ING controlava diretamente a STA, que controlava a SATMA, que controlava a SULAM.

3º) Na mesma data, a totalidade das ações da STA foi transferida para a holding do grupo, Sul América S/A ("SASA"). A estrutura societária passou a ter a ING com participação na SASA, a SASA com participação na STA, que controlava a SATMA, que controlava a SULAM.

4º) Em 30/12/2002, ocorreu a incorporação da SATMA e da STA pela SULAM. Dessa maneira, a estrutura do grupo passou a ser a ING com participação na SASA, e

a SASA controlando a SULAM. A SULAM passou a amortizar o ágio, que teve origem na subscrição do aumento de capital da SATMA efetuada pela ING.

São os fatos.

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

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

A pessoa jurídica **investidora** é a **ING**, que efetuou o aporte de R\$297.002.178,00 para integralizar o capital da SATMA, com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foi a ING a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a SATMA, cujo capital social foi aumentado em valor superior ao do patrimônio líquido.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a STA, SATMA e a SULAM. Ou seja, sem a presença da real investidora, a ING.

Tampouco se consumou o encontro de contas entre a investidora (ING) e a investida (SATMA), não atendido, portanto, aspecto material (vide item 7 do voto).

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº. 532,9 de 1997.

Outro aspecto que merece registro é o apresentado pelo voto da DRJ (e-fl. 3136):

90 A STA se enquadra perfeitamente nessas situações . Foi criada para receber as quotas do capital da SATMA transmitidas pela ING, sem ônus financeiro, acrescidas de um valor que foi registrado como ágio (operação 2). Depois de realizada essa operação, o patrimônio da STA passou a ser composto basicamente por dois ativos: o investimento e o ágio na investida SATMA (fl. 242). Pouco tempo depois, a STA e a SATMA foram incorporadas pelo interessado, que recebeu o ágio eo registrou como ativo diferido amortizável.

91 Além disso, no efêmero período de sua existência nos(a calendários 2001 e 2002), a STA entregou suas DIPJscom valores zerados (2.546/2.602).

92 Os referidos fatos evidenciam que o propósito “negocial” da STA foi veicular o ágio pago pela ING, empresa domiciliada no exterior e investidora do grupo Sul América, para o interessado.

(...)

108 Na mesma data, 10/05/2002, houve a integralização de ações na STA (empresa veículo) com participação acionária que a ING detinha na SATMA, avaliada a mercado (fls. 224/229).

109 Também, na mesma data, 10/05/2002, as ações de emissão da STA detidas pela ING foram transferidas para a Sul América

S/A (SASA), empresa holding do grupo (fls. 1.362, 2.322 e 2.886).

110 Por fim, em dezembro de 2002, o interessado incorporou a STA e a SATMA, registrando o ágio em sua contabilidade (fls. 266/277).

111 Esses fatos não deixam dúvidas acerca da criação, da transferência e do aproveitamento do ágio gerado ternamente no grupo de empresas que compõem o Conglomerado Sul América, em operações não validadas pelo mercado. (grifei)

Constata-se, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). Movimentações na mesma data ou em datas próximas, utilização de empresas sem nenhuma substância, com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável.

Nesse sentido, deve ser restabelecida a autuação fiscal em relação à glosa de despesa de amortização de ágio.

Como a turma *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, não foram apreciadas matérias dependentes da manutenção da autuação principal, como qualificação de multa de ofício, concomitância de multa de ofício com multa isolada por insuficiência de estimativa mensal, base de cálculo da multa isolada e inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício. Portanto, cabe o retorno dos autos à turma *a quo*, para apreciar tais questões.

IV. Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento** ao recurso da PGFN, e determinar o retorno dos autos para a turma *a quo*, para apreciar as matérias (1) qualificação de multa de ofício, (2) concomitância de multa de ofício com multa isolada por insuficiência de estimativa mensal, (3) base de cálculo da multa isolada e (4) inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício.

(Assinado digitalmente)
André Mendes de Moura