



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.720865/2021-37
ACÓRDÃO	9101-007.648 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de agosto de 2026
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	SALOBO METAIS S/A

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2018

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. TEMPESTIVIDADE DO LAUDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se conhece de recurso especial contra matéria que não foi objeto de decisão no acórdão recorrido.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INTERPOSIÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO SEM SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É legítima a desconsideração de sociedade sem substância econômica própria e que se presta, apenas, a reproduzir formalmente os pressupostos necessários à aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e a viabilizar artificialmente o aproveitamento fiscal do ágio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “possibilidade de amortização do ágio”. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso, com retorno dos autos ao colegiado a quo para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa não apreciados no acórdão recorrido, vencidos os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento. Votaram pelas conclusões da divergência os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Designado para redigir os fundamentos do voto vencedor o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Redator do voto vencedor e Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Efigenio de Freitas Junior (substituto integral), Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Jandir Jose Dalle Lucca, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do **Acórdão nº 1201-006.794**, proferido em 16.05.2024, pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 1499/1540), assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018

ÁGIO. CRIAÇÃO. AMORTIZAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

É indedutível o ágio por rentabilidade futura formado na aquisição de ações por uma empresa veículo que foi constituída apenas com o objetivo de se obter ganhos tributários na amortização do ágio por parte da cedente que incorporou a empresa veículo.

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO FINANCEIRO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE.

É ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a respectiva documentação, tudo ao tempo em que é feita a aquisição.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. PRAZO DECADENCIAL.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo à glosa de amortização de ágio deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança, nos termos a Súmula Vinculante do Carf nº116.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS.

É aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixe de ser recolhido, ainda que o lançamento tenha sido feito após o encerramento do período de apuração do tributo.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO

A multa lançada de ofício constitui uma obrigação tributária principal, integrando efetivamente o crédito tributário. Os juros de mora incidem sobre a totalidade do débito quando não há o adimplemento no prazo legal, não há como justificar a não incidência desses juros sobre o valor da multa de ofício.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente pode ser considerado nulo o Auto de Infração lavrado por autoridade incompetente nos termos do art. 59 do PAF ou quando há inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Período de apuração: 01/01/2018 a 31/12/2018

TRIBUTOS REFLEXOS (CSLL) Aplicam-se, no julgamento dos autos de tributos reflexos, as mesmas razões de decidir utilizadas na fundamentação da decisão acerca da impugnação ao lançamento do IRPJ, nos pontos em que não tenha havido argumentação específica em relação aos tributos reflexos.

Na oportunidade, os membros do colegiado, por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso voluntário.

Em seu recurso especial, sustenta a Fazenda Nacional que o referido acórdão conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto às matérias “possibilidade de amortização do ágio”, com base nos Acórdãos

paradigma de números 9101-003.612 e 9101-003.363; e “tempestividade do laudo de avaliação”, com base nos Acórdãos paradigma de números 1402-002.144 e 1301-001.788.

No mérito, sustenta a Fazenda Nacional, em resumo, que (i) o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 autorizou a dedução fiscal da amortização do ágio pautado em rentabilidade futura quando ocorrer a confusão patrimonial entre controladora e controlada; (ii) segundo prevê o referido artigo 7º, após haver a confusão patrimonial entre controladora e controlada, o que pode ocorrer por meio de incorporação, fusão ou cisão, o ágio então registrado pela controladora poderá ter a despesa com a sua amortização contábil deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL; (iii) no que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição); (iv) para gozar da dedutibilidade preconizada no art. 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio; entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; (v) para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial); (vi) o para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial); (vii) a aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL; (viii) para o reconhecimento da dedutibilidade de um ágio nos termos dos artigos 385 e 386 do RIR/99, esse ágio deve ter se pautado na rentabilidade futura da participação societária adquirida e, para a aferição dessa razão econômica, deve o documento que a atesta ter sido elaborado antes do efetivo pagamento da “mais valia” a que se refere; e (ix) com bem registrou o voto condutor do acórdão da impugnação, o laudo apresentado pelo contribuinte não é contemporâneo à operação analisada nem hábil a comprovar a expectativa de rentabilidade futura.

Sobreveio o despacho de admissibilidade, que deu seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

1- DIVERGÊNCIA QUANTO À POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos: (...)

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 9101-003.612 e 9101-003.363, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio pago com recursos transferidos por empresa ligada, no contexto de discussões sobre a figura do real adquirente (real investidor), a utilização de empresa veículo, a ocorrência ou não da confusão patrimonial que autorizaria a dedução do ágio, etc.

O acórdão recorrido entendeu que “a Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização”.

Já os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente (real investidora) e a empresa investida, ainda que a operação envolvesse partes independentes, com efetivo pagamento do ágio, o ágio não poderia ser dedutível das bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

A divergência, portanto, está caracterizada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a matéria tratada neste primeiro tópico.

2- DIVERGÊNCIA QUANTO À TEMPESTIVIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO.

Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos: (...)

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1402-002.144 e 1301-001.788, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a necessidade de apresentação de laudo contemporâneo à operação que originou o ágio, para fins de sua dedutibilidade.

De acordo com o acórdão recorrido, “a recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 32, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não

exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14”.

Os paradigmas, por outro lado, concluíram que a apresentação de laudo tempestivo, elaborado antes da operação que originou o ágio, é elemento indispensável para a sua dedutibilidade.

A divergência, portanto, está caracterizada.

Desse modo, há que ser DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a matéria tratada neste segundo tópico.

Intimado, o contribuinte apresentou contrarrazões, sustentando, quanto à admissibilidade, que (i) as discussões em torno do laudo de avaliação, tal como delineadas na autuação, foram superadas, tanto que não se discute mais nos autos se o laudo foi contemporâneo às operações e o CARF sequer reconheceu esse como um fundamento autônomo da autuação; (ii) não há divergência interpretativa, vez que o CARF, nos presentes autos, não fundamentou sua decisão na questão da tempestividade do laudo, mas sim na inexistência de artificialidade da operação e na legitimidade da amortização do ágio e a crítica ao laudo foi considerada acessória e irrelevante, pois vinculada à tese de empresa-veículo; (iii) o trecho do acórdão recorrido transcrito pelo despacho de admissibilidade do recurso especial não reflete as efetivas razões de decidir da Turma; (iv) nada há no acórdão recorrido de menção à tempestividade de laudo que permita à PGFN afirmar que o entendimento adotado pela Turma diverge daquele exposto nos acórdãos paradigmas; (v) como consequência disso, não há qualquer divergência de interpretação de norma a justificar a admissão do Recurso Especial nesta parte, impondo-se o seu não conhecimento quanto à tempestividade do laudo; (vi) os acórdãos paradigmas 1402-002.144 e 1301-001.788 sequer tratam de fatos semelhantes aqueles analisados nos presentes autos, já que, em tais casos, o CARF legitimou acusações fiscais que questionavam o laudo de avaliação com base no argumento de que este teria sido elaborado posteriormente à operação; (vii) a análise atenta das decisões permite verificar que os acórdãos paradigmas, em verdade, não se prestaram a comprovar a divergência exigida à admissibilidade do recurso dirigido a esta C. CSRF, eis que proferidos em contexto fático completamente diverso; (viii) o ponto fulcral da discussão nos acórdãos paradigmas é a elaboração tardia do laudo, o que, segundo a interpretação então adotada, violaria o 8 39 do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (vigente à época), que exige que o registro do ágio seja “baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante de escrituração”; e (ix) a situação fática aqui tratada é completamente distinta daquela trazida nos acórdãos paradigmas: a Autoridade Fiscal supostamente” questiona o fato de que o laudo foi preparado anos antes da operação, e não depois.

No mérito, sustenta, em resumo, que (i) a posição da autoridade lançadora caminha em sentido contrário à intenção do legislador ordinário, instituidor do mecanismo de amortização fiscal do ágio, que buscava uma antecipação de caixa ao Governo Federal (organismo do qual faz parte a própria Receita Federal do Brasil) nos processos de privatização, por meio da indução das

partes interessadas nos leilões de privatização a ofertarem o maior preço possível tendo em conta esse mecanismo; (ii) a Lei 9.532/97 (ou qualquer outra norma à época vigente) não traz qualquer exigência no sentido de que apenas a “confusão patrimonial” entre a pessoa que “efetivamente teria suportado o investimento” e a sociedade investida poderia dar origem à amortização fiscal do ágio, ao contrário, a norma se limita a descrever que, na hipótese de incorporação entre investidora e investida, está autorizada a amortização fiscal do ágio; (iii) em regra, verificando-se o antecedente do art. 7º da Lei 9.532/97 (incorporação entre investidora e investida), deve-se aplicar seu consequente, que é a autorização para amortização do ágio para fins fiscais e a única exceção à aplicação do consequente da norma é a constatação da fraude, dolo ou da simulação, nos termos do art. 149, VII, do CTN; (iv) no presente caso, não há qualquer questionamento quanto à validade formal ou substancial das operações praticadas, há, isso sim, uma ilegal desconsideração da existência da CBI, efetuada com base em conceitos que não existem na Lei 9.532/97 ou em qualquer norma existente no ordenamento; (v) a autoridade lançadora não questiona que a CBI efetivamente adquiriu as ações da Recorrida junto à Anglo American, também não questiona o fato de que a CBI realizou o pagamento - com recursos detidos por ela - para aquisição da participação societária e, no mesmo sentido, não há questionamento quanto aos lançamentos contábeis efetuados pela CBI para registro do investimento; (vi) apesar das elocubrações da autoridade fiscal, o fato é que a operação ocorreu efetivamente entre a CBI e a Recorrida: foi a CBI quem desembolsou os valores para pagamento à Anglo American em razão da aquisição de metade das ações da Recorrida e, não sem razão, foi a CBI quem registrou o ágio relativo ao investimento feito na Recorrida; (vii) a figura do “real adquirente”, como quer a autoridade fiscal, requer a desqualificação dos atos e negócios jurídicos regular e legalmente praticados, a exemplo da compra da participação na Recorrida feita pela CBI; (viii) afirmar que a Vale é a “Real Investidora” é, portanto, claro e evidente artifício, que visa apenas e tão somente a apresentar uma pretensa justificativa para se afastar o direito à amortização fiscal do ágio; (ix) em 19/06/2002, a Vale e a CBI celebraram o Contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (fls. 13.710 - “Contrato de AFAC”) por meio do qual a Vale transferiu à CBI os recursos utilizados para a aquisição e, uma vez transferidos os recursos à CBI, eles passam a ser de propriedade dessa empresa que, por sua vez, se compromete a repagar o valor à Vale ou a convertê-lo em ações a serem subscritas pela Vale; (x) o próprio CARF e a CSRF têm proferido diversas decisões - e de maneira reiterada - esclarecendo que a existência de uma empresa-veículo não é elemento suficiente para desqualificar a validade das operações (e, consequentemente, do ágio a elas associado), contanto que os requisitos legais sejam cumpridos; (xi) os contribuintes podem organizar suas atividades econômicas livremente, nada havendo no sistema jurídico brasileiro que impeça a adoção de estruturas que resultem em maximização dos lucros empresariais e, inclusive, na redução da carga tributária, desde que esse objetivo seja atingido de forma lícita, observando-se os ditames e comandos da legislação tributária; (xi) segundo a redação original do 83º, artigo 20, do Decreto-Lei 1.598/77, em vigor à época dos fatos, o registro do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da participação a ser adquirida “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante

de escrituração”; (xii) qualquer documento utilizado pela sociedade que irá registrar o ágio como fundamento para seu pagamento deve ser aceito pela fiscalização: basta que este documento seja hígido (i.e. não seja fraudulento) e que demonstre que havia expectativa de rentabilidade futura que justifique o valor do ágio pago; (xiii) a legislação não prevê qualquer restrição à forma ou à metodologia utilizadas para a fundamentação do ágio em rentabilidade futura, de tal modo que não cabe às autoridades fiscais estabelecerem requisitos adicionais; (xiv) caso fosse requerida forma especial ou prazo máximo para elaboração do demonstrativo do ágio na redação original do mencionado dispositivo, não seria necessária a alteração promovida pela Lei 12.973/14, no qual o ágio deixa de ser objeto de demonstração ou laudo, passando a ser obrigatória a avaliação da maisvalia ou menos-valia dos ativos líquidos da empresa investida, que deve ser elaborada e protocolada até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação societária; (xv) não há, assim, como se questionar que a CBI e a Recorrida cumpriram o comando do 830, artigo 20, do Decreto-Lei 1.598/77 e esse cumprimento se deu tanto sob a ótica literal, posto que a Recorrida arquivou o demonstrativo que serviu de base à escrituração, quanto sob a ótica sistemática-teleológica, visto que o documento comprova que o preço pago à Anglo American pela CBI estava lastreado na rentabilidade futura do empreendimento; (xvi) a própria fiscalização reconhece que o Laudo de Avaliação comprova, por meio do método do fluxo de caixa descontado, que a rentabilidade futura esperada da Recorrida era muito superior ao preço pago pela CBI e, considerando-se a superioridade dessa rentabilidade futura, somente se pode concluir que a totalidade do sobrepreço foi paga em razão dessa expectativa - devidamente justificada pelo Laudo de Avaliação; e (xvii) o Laudo de Avaliação avaliou exatamente o bem detido pela Companhia que, em conjunto com seus ativos (estudos e maquinário adequado), dão origem à rentabilidade do investimento realizado pela CBI.

É relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, Relatora

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interpor recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E eventuais embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado, interrompem o prazo para a interposição de recurso especial¹. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

¹ Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF (“RICARF”) aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

Especialmente no que se refere à Fazenda Nacional, de acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do recurso será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhados à PGFN para ciência do acórdão recorrido em 25.07.2024 (fl. 1541) e devolvidos com recurso especial em 05.09.2024 (fl. 1618). Assim, é tempestivo o recurso especial ora em análise.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que diverjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”².

Para fins didáticos, analisaremos, de forma segregada, cada uma das matérias objeto do recurso especial da Fazenda Nacional, devidamente admitidas.

I.1 - Possibilidade de amortização do ágio

O acórdão recorrido enfrentou a possibilidade de amortização fiscal do ágio, estando, pois, prequestionada a matéria.

No que se refere à divergência interpretativa, o **acórdão recorrido** analisou a aquisição de participação societária da Salobo pela CBI com recursos transferidos pela Vale em razão de contrato de adiantamento para futuro aumento de capital (“AFAC”), com a finalidade específica de adquirir 50% do capital da Salobo. Um ano e dois meses após a aquisição da participação societária, a CBI foi incorporada pela Salobo e o ágio passou a ser amortizado para fins fiscais. De acordo com a Autoridade Fiscal, não teria havido a exigida confusão patrimonial entre a real investidora – Vale – e a investida - Salobo - e a CBI seria uma “empresa ‘de papel’”, sem qualquer fundamento econômico ou qualquer perspectiva de rentabilidade futura”, que “nunca existiu de fato: não realizava atividade operacional e não tinha sede própria” (fl. 1503).

Nesse contexto, o relator do **acórdão recorrido**, inicialmente, fez considerações pessoais sobre a amortização fiscal do ágio e, em seguida, passou a adotar, em razão do princípio

² Acórdão n. 9900-00.149, de 08.12.2009.

da colegialidade, a posição da turma com relação à possibilidade de amortização fiscal do ágio com uso de empresa-veículo. Confira-se:

Assim, fosse esse um julgamento monocrático, essa seria a sorte do presente caso. Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratégia dolosa.

De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7o e 8o da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

STJ, Recurso Especial nº 2.026.473-SC, de 05/09/2023:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresaveículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149. VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116. parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF. ADI 2446. rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito comercial" das operações, impedir a

dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio. [...] (grifei)

Afastando a tese do “real adquirente”, esta Turma vem entendendo que, ausentes caracteres de conduta dolosa – tal qual no caso presente, uma vez que nem sequer houve qualificação da multa de ofício – o “dever fundamental de pagar tributos” não deve ser tomado pelo valor máximo da exação, desde que, naturalmente, não incida determinação legal que conduza a tal quadro.

De fato, entender pela assunção espontânea, pelo sujeito passivo, de maior ônus tributário, é patriotada que não se deve esperar de contribuinte algum.

Sob tal prisma, é possível concluir que, no caso concreto em análise, as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial lícito de economia de tributos, não produzindo, por conseguinte, uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que o racional acusatório laborado pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

Nesse contexto, é útil referir ao racional desenvolvido no voto condutor do recentíssimo acórdão nº 1201-006.316, que, pelo elevado grau de aderência das razões lá esposadas ao caso ora em análise, faço integrar ao presente voto os seguintes trechos: (...)

Ante o exposto, afasto a glosa do ágio.

Portanto, no **acórdão recorrido**, diante de um ágio gerado a partir da aquisição de participação societária com uso de empresa-veículo supostamente sem substância econômica, concluíram os julgadores pela possibilidade de sua amortização fiscal – apesar de a ementa do acórdão recorrido estar em dissonância com o voto.

No **Acórdão paradigma nº 9101-003.612**, por sua vez, após tecer considerações teóricas acerca da exigência de confusão patrimonial entre a “real investidora” e a investida, passaram os julgadores a analisar o caso concreto, nos seguintes termos:

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

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das ações da recorrente (PIMACO). Também não se discute que tais valores superaram os valores contábeis das ações alienadas. A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN, nas contrarrazões que opôs ao recurso especial da contribuinte.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das ações da recorrente não pertenciam à BFL Participações e Empreendimentos, mas sim aos seus sócios controladores (grupo BIC), que realizaram, em agosto de 2006, aportes de recursos em torno de 100 milhões de reais na BFL, empresa que tinham acabado de criar no mês anterior, com o objetivo específico de realizar, por meio dela (BFL), a aquisição da empresa PIMACO (ora recorrente).

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

Sendo assim, a recorrente não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 05/09/2006.

Como não foi a BFL que desembolsou os valores que deram origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das ações da recorrente, no ano de 2006, saiu dos ativos dos reais investidores: Grupo BIC.

A empresa BFL, embora conste formalmente como a adquirente das ações da recorrente, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia aos seus sócios controladores (Grupo BIC) a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição da PIMACO, e foram efetivamente esses sócios controladores que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da PIMACO (ora recorrente).

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação da BFL foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém formado poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

A constituição e os aportes de capital na BFL visaram exclusivamente à sua utilização como "empresa veículo": ela receberia os valores dos reais investidores (Grupo BIC), aplicaria tais riquezas na aquisição das ações da PIMACO e seria, em seguida, incorporada por esta. Verifica-se que a BFL teve duração efêmera e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos". (...)

A empresa BFL foi incorporada pela recorrente, e esta, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. No caso sob análise, quem está nesse papel são os sócios controladores da BFL.

Mas após as referidas operações societárias, o que se constata é que os reais investidores e a investida permaneceram como empresas apartadas. Com efeito, a PIMACO se manteve intacta e isolada das demais empresas do grupo BIC.

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

Vê-se, portanto, que o **Acórdão paradigma nº 9101-003.612** analisou situação na qual a dita "real investidora" integraliza na denominada "empresa-veículo" o capital necessário para a aquisição do investimento com ágio. E, diante dessa situação, em síntese, concluem os

julgadores pela ausência de confusão patrimonial entre a “real investidora” e a investida, o que, supostamente, violaria os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Apesar de no **Acórdão paradigma nº 9101-003.612** o capital necessário para a aquisição da participação societária ter sido transferido para a empresa-veículo via integralização de capital e, no acórdão recorrido, via AFAC, entendo que isso não é suficiente para desassemelhar os referidos casos, estando, pois, caracterizada a divergência interpretativa.

Assim, deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional com relação ao **Acórdão paradigma nº 9101-003.612**.

Com relação ao **Acórdão paradigma nº 9101-003.363**, por sua vez, o redator do voto vencedor foi o mesmo relator do Acórdão paradigma nº 9101-003.612, de forma que, após tecer considerações teóricas muito similares, passou a aplicá-las ao caso concreto, nos seguintes termos:

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

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores nas várias etapas que integraram a aquisição das quotas representativas do capital social da contribuinte KCB e da KENKO. Também não se discute que os valores despendidos superaram o valor contábil das quotas alienadas. A existência do ágio oriundo de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO não pertenciam às empresas KCTissueB, KCdoB, KCC ou KCR, mas às controladoras estrangeiras do grupo KIMBERLYCLARK: KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION. Tais empresas internalizaram em território brasileiro a integralidade dos valores utilizados nas operações de aquisição de participações societárias com ágio, por meio de operações de integralização de aumento de capital das controladas brasileiras, de pagamentos de empréstimos contraídos no exterior ou ainda de concessão de empréstimos entre suas controladas brasileiras, posteriormente liquidados por confusão.

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

Sendo assim, a contribuinte recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo das operações de aquisição das suas quotas e das representativas do capital da empresa KENKO.

Como não foram a KCTissueB, a KCdoB, a KCC ou a KCR que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das quotas da contribuinte recorrida e da KENKO saíram dos ativos das reais investidoras, KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION.

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, embora constem formalmente como as adquirentes das quotas da contribuinte e da KENKO, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas estrangeiras KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLYCLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLYCLARK CORPORATION a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das quotas da recorrida e da KENKO.

As investidoras estrangeiras provavelmente sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO, sem a participação de empresas sediadas em território brasileiro, não poderiam posteriormente pleitear o aproveitamento tributário dos ágios oriundos das operações. Por se tratarem de pessoas jurídicas sediadas no exterior, as investidoras não se submetem à legislação tributária brasileira. A posterior incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para as investidoras em seu país de origem.

Assim optaram as empresas estrangeiras integrantes do grupo multinacional KIMBERLYCLARK por adotar procedimentos de engenharia societária que permitissem, ao final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte KCB), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação das empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém formado em território brasileiro poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

Não invalida tal conclusão o fato de a primeira operação de compra de participação societária da empresa KENKO ter se dado no ano de 1996, antes, portanto, do início da vigência da Lei nº 9.532/1997. Todas as demais operações, responsáveis pela geração de um ágio quantificado em assombrosos R\$

565.419.803,30 (de um total de R\$ 631.570.243,60, quando considerada a operação realizada em 1996), foram realizadas após o início da vigência da citada lei.

As *holdings* KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, constituídas pelo grupo KIMBERLYCLARK no Brasil, não possuíam patrimônio relevante antes de tomarem parte nas operações analisadas no presente processo. Sendo assim, atuaram efetivamente como "empresas veículos" ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplica-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas. Verifica-se que após a extinção das mencionadas *holdings*, por conta de sua incorporação pelas investidas, o único legado deixado foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foram todas, ao final das operações de reorganização societária analisadas, incorporadas pela contribuinte KCB (de forma direta ou após terem sido incorporadas pela KENKO, esta posteriormente incorporada pela KCB). Depois disso, a contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre os ágios e os investimentos que lhes deram causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

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

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

Vê-se, pois, que o **Acórdão paradigma nº 9101-003.363** possui elemento que o distancia do acórdão recorrido. No referido caso, as "reais investidoras" estavam localizadas no exterior e isso, de acordo com o voto vencedor, faria com que a incorporação da investida pelas "reais investidoras" não tivesse o condão de gerar a amortização fiscal do ágio, o que levou à

criação do artificial grupo econômico no Brasil – situação que não está presente no acórdão recorrido.

Diante disso, não deve ser conhecido do recurso especial na presente matéria com relação ao **Acórdão paradigma nº 9101-003.363**, mas somente com base no **Acórdão paradigma nº 9101-003.612**.

I.2 - Tempestividade do laudo de avaliação

No que se refere à matéria “tempestividade do laudo de avaliação”, os trechos do acórdão recorrido invocado pela Fazenda Nacional, para demonstrar o prequestionamento e a divergência interpretativa, consistem em opinião pessoal do relator, não integrando a fundamentação do acórdão proferido pelo colegiado. Veja-se:

Do mérito (...)

Quanto à existência de um laudo de avaliação prévio, a fiscalização bem apontou que o documento entregue no curso do procedimento fiscal foi “elaborado em 05 de novembro de 1996, quando da transferência dos direitos minerários da jazida da VALE para a SALOBO”, bem assim “tinha como objetivo certificar se o valor de R\$ 198.746.666,32 tinha sido adequadamente atribuído pela VALE aos seus direitos minerários da jazida de Salobo que seriam transferidos à SALOBO, passando a incorporar o patrimônio desta, não tendo nada a ver com a transação que se daria 6 anos depois”.

De outro bordo, a recorrente assinala que a norma de regência da matéria “faz referência unicamente a uma “demonstração”. O termo utilizado pelo legislador é bastante amplo e dá liberdade ao contribuinte de se valer de qualquer meio, método ou documentação hábil para comprovar a motivação da rentabilidade futura da aquisição”. E conclui que “qualquer documento utilizado pela sociedade que irá registrar o ágio como fundamento para seu pagamento deve ser aceito pela fiscalização: basta que este documento seja hígido (i.e. não seja fraudulento) e que demonstre que havia expectativa de rentabilidade futura que justifique o valor do ágio pago”.

A recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 3º, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14.

Mas aquela redação já exigia que o lançamento do ágio (§ 2º) deveria ser baseado em uma demonstração a ser arquivada, pelo contribuinte, como comprovante do valor escriturado. Ora, no caso em tela, o que se tem é um laudo que avalia direitos minerários em R\$ 198.746.666,32. E isso é algo bem diferente de

mensurar a aquisição societária no montante de R\$ 136.158.830,88, de onde se destacaria um ágio de R\$ 88.471.565,65.

Assim, fosse esse um julgamento monocrático, essa seria a sorte do presente caso. Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagemas dolosos.

De tal modo, em face do princípio da colegialidade insto-me a não carrear voz discordante, curvando-me ao judicioso entendimento da maioria da Turma, bem ilustrado na figura dos seguintes julgados:

Acórdão CSRF nº 9101-006.486, de 07/03/2023:

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7o e 8o da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (incorporação reversa).

O uso de holding (ou empresa veículo), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio. não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING.

LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa holding constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do "real adquirente", que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso. (grifei)

STJ, Recurso Especial nº 2.026.473-SC, de 05/09/2023:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. 'NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresaveículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149. VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116. parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF. ADI 2446. rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a

dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo", ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio. [...] (grifei)

Afastando a tese do “real adquirente”, esta Turma vem entendendo que, ausentes caracteres de conduta dolosa – tal qual no caso presente, uma vez que nem sequer houve qualificação da multa de ofício – o “dever fundamental de pagar tributos” não deve ser tomado pelo valor máximo da exação, desde que, naturalmente, não incida determinação legal que conduza a tal quadro.

De fato, entender pela assunção espontânea, pelo sujeito passivo, de maior ônus tributário, é patriotada que não se deve esperar de contribuinte algum.

Sob tal prisma, é possível concluir que, no caso concreto em análise, as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial lícito de economia de tributos, não produzindo, por conseguinte, uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que o racional acusatório laborado pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

Nesse contexto, é útil referir ao racional desenvolvido no voto condutor do recentíssimo acórdão nº 1201-006.316, que, pelo elevado grau de aderência das razões lá esposadas ao caso ora em análise, faço integrar ao presente voto os seguintes trechos: (...)

Ante o exposto, afasto a glosa do ágio.

Portanto, o acórdão recorrido não analisou a matéria “tempestividade do laudo de avaliação” e não houve oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional para buscar sanar tal vício. Disso se extrai que a matéria “tempestividade do laudo de avaliação” não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, estando ausente, pois, o requisito do prequestionamento.

Assim, não deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional com relação à matéria “tempestividade do laudo de avaliação”.

II – MÉRITO

Como já me manifestei em outras oportunidades, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação aplicável aos fatos, a amortização do ágio pela investidora era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) aquisição de investimento avaliado pelo MEP com ágio por expectativa de rentabilidade futura da investida; (ii) desdobramento do custo de aquisição do investimento em valor do patrimônio líquido da investida e ágio; (iii) elaboração de documento demonstrando o valor da previsão de rentabilidade futura da investida que embasou o registro do ágio; (iv) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão; e (v) amortização não inferior a 1/60 por mês, ou seja, em período igual ou superior a 5 anos.

No presente caso, não houve questionamentos acerca do valor do ágio, da sua fundamentação econômica ou registro contábil, mas, no que se refere à matéria objeto do presente recurso especial, apenas a imputação de suposta ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, a autorizar a amortização fiscal do ágio, em razão da utilização de empresa veículo.

Ocorre que, a meu ver, a partir do momento em que a Vale transfere para a CBI, via AFAC, os recursos necessários à aquisição da Salobo, esses valores passaram, legitimamente, a pertencer à CBI, que, com sacrifício do próprio patrimônio, adquiriu a participação societária na Salobo. Diante disso, sendo a CBI a adquirente da Salobo e tendo, posteriormente, ocorrido a cisão e a confusão patrimonial entre investidora e investida, não há que se falar em impossibilidade de amortização fiscal do ágio.

Ademais, não havendo vedação legal à utilização das ditas “empresas-veículos” e tampouco comprovação de dolo, fraude ou simulação, não pode a Autoridade Fiscal desconsiderar os atos regularmente praticados pelo contribuinte – ainda que resultem em maior economia tributária.

Isso porque não há, no ordenamento jurídico atual, qualquer proibição ao contribuinte, munido de duas opções igualmente válidas, de optar por aquela que implique em maior economia tributária. Muito se discutiu acerca da possibilidade de a Autoridade Fiscal 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, como autoriza o parágrafo único do art. 116 do CTN, o que culminou com a análise do tema pelo STF nos autos da ADI nº 2.446, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia³. Em seu voto, a Ministra Relatora, além de confirmar que a plena eficácia do parágrafo único do art. 116 do CTN depende de lei ordinária, concluiu que:

“A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada”.

Portanto, como reconheceu a Ministra Cármen Lúcia, o contribuinte pode, por meios lícitos, evitar a “relação jurídica que faria nascer obrigação tributária”. Do mesmo modo, a meu ver, o contribuinte pode organizar os seus negócios de forma mais eficiente do ponto de vista tributário.

Nessa mesma linha, explicam Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins que “não haverá transação sem que o aspecto tributário não influencie o comportamento do contribuinte: tirados os efeitos tributários de qualquer transação, esta teria contornos diversos”. Assim, os administradores de qualquer empreendimento com fins lucrativos têm por objetivo maximizar o resultado empresarial, o que é feito, inclusive, por meio da redução dos custos e despesas, dentre eles, a tributação, razão pela qual não faz qualquer sentido “desqualificar uma ação empresarial porque esta tem como objetivo pagar menos tributos”⁴.

Por fim, mas não menos importante, há pouco o Superior Tribunal de Justiça se manifestou favoravelmente à possibilidade de utilização de “empresa-veículo” para fins de amortização fiscal do ágio, reforçando os argumentos aqui expostos⁵. Confira-se:

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a “função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada” (MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA [Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016). (...)

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa

³ J. em 11.04.2022.

⁴ LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 3. ed., São Paulo: Dialética, p. 67-70.

⁵ Resp nº 2026473/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. em 05.09.2023.

veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta. (...)

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva. (...)

Sobre o emprego da "empresa-veículo", a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de *holding* “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

Nesse contexto, deve ser negado provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

III – CONCLUSÕES

Diante do exposto, CONHEÇO do RECURSO ESPECIAL apenas com relação à matéria “possibilidade de amortização fiscal do ágio” e, na matéria conhecida, NEGO-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, redator designado

A I. Relatora restou vencida em seu voto para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. A maioria qualificada do Colegiado se estabeleceu em face das razões por

mim apresentadas na sessão de julgamento para negar dar provimento ao recurso, com retorno dos autos ao colegiado *a quo*. Os mesmos fundamentos ora reproduzo.

Solicitei vista dos autos porque, conforme venho me manifestando que, nas exigências referentes à amortização de ágio após confusão patrimonial entre a suposta investidora e a sua investida, há de se examinar as razões pelas quais foi interposta uma empresa como adquirente do investimento. No caso concreto, utilizou de uma suposta *holding* denominada CBI (Caulim do Brasil Investimentos S.A.), para a aquisição do investimento (ações de SALOBO).

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre *a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais*.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

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 nº1.730, 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). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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 nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, 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. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio *deverá ser* ativado e utilizado *como custo somente no momento da alienação do investimento*, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

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;

[...]

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

[...]

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

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

- 1) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 2) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
- 3) **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo reconhecimento de que a pessoa jurídica investidora originária é aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da pessoa jurídica investida. Ou, se examinado sob o ângulo da *holding* formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

Dessa forma, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe, em regra, a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou, em situação de exceção, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

“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”, vêm 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.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é

isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro⁶ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de

⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, verbis:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio - a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Retornando ao caso concreto, compulsando os autos, não identifiquei as razões acerca da existência de qualquer impossibilidade jurídica ou operacional de a VALE adquirir

diretamente as ações da SALOBO e, posteriormente, realizar a sua posterior incorporação com o consequente início da amortização do ágio.

Nesse contexto, o Contribuinte sustenta que a utilização da CBI foi uma opção negocial legítima, e que a autuação parte da premissa equivocada de que a Vale deveria ter sido a adquirente direta. A tese central da autoridade fiscal autuante é que CBI foi a efetiva compradora das ações, tendo assumido os direitos e os ônus econômicos da operação.

Entre as justificativas apresentadas pelo Contribuinte, destacam-se:

- A CBI celebrou o contrato de compra e venda com a Anglo American, efetuou o pagamento e registrou contabilmente o investimento e o ágio referente à aquisição das ações de SALOBO. A VALE não teria sido parte no contrato de aquisição;
- Os recursos foram transferidos pela Vale à CBI mediante AFAC (Adiantamento para Futuro Aumento de Capital). Segundo o Contribuinte, uma vez recebidos pela CBI, esses recursos passaram a integrar seu patrimônio, cabendo à CBI suportar o ônus econômico da operação;
- Argumenta ainda que não existe, na legislação, o conceito de “*real adquirente*” defendido pela fiscalização. Assim, o fato de a Vale ter aportado recursos não retiraria da CBI a condição de investidora e adquirente;
- Também sustenta que a obtenção de recursos junto à controladora para realizar uma aquisição é uma prática empresarial comum e não descaracteriza a compradora formal da participação societária;

Quanto à impossibilidade de aquisição direta pela VALE, em diferentes momentos de suas manifestações, alega que a estrutura adotada para a aquisição da participação societária da Anglo American na Salobo por intermédio da CBI teria sido influenciada ou justificada pela existência de supostos óbices de natureza societária e regulatória. Nesse sentido, afirma que haveria “óbices societários (CVM) e regulatórios” que justificariam a utilização da empresa-veículo, chegando a sustentar que a “operação direta era inviável” e que a modelagem adotada decorreria de condicionantes regulatórios externos.

Todavia, embora a contribuinte faça referência a tais alegados obstáculos em sua Impugnação (fls. 13.453 e seguintes), no Recurso Voluntário (fls. 13.749 e seguintes) e nas Contrarrazões ao Recurso Especial da Fazenda Nacional (fls. 13.947 e seguintes), não identifica objetivamente qual dispositivo legal, regulamentar ou contratual impediria a VALE de adquirir diretamente a participação detida pela Anglo American na Salobo, nem especifica qual regra da CVM, do então DNPM, da legislação minerária, de eventual acordo de acionistas ou de qualquer outro regime regulatório proibiria tal aquisição.

Da mesma forma, a contribuinte não demonstra a existência de qualquer impedimento jurídico concreto à realização de operação societária diretamente entre VALE e SALOBO, seja por meio de incorporação direta, seja por meio de incorporação reversa. As peças de

defesa limitam-se a afirmar genericamente a existência de “óbices societários” e “regulatórios”, sem individualizar a respectiva norma, sem explicitar o mecanismo jurídico de impedimento e sem esclarecer de que forma tais restrições inviabilizariam a operação apontada pela fiscalização.

Mais do que isso, não foi juntado aos autos qualquer documento apto a comprovar a alegação defensiva. Não há parecer regulatório, manifestação de órgão supervisor, decisão administrativa, cláusula contratual, acordo de acionistas, ato da CVM, ato do DNPM ou qualquer outro elemento de prova que demonstre que a Vale estivesse impedida de adquirir diretamente a participação societária em questão ou, posteriormente, de promover reorganização societária envolvendo a Salobo.

Assim, as alegações de supostos obstáculos regulatórios permanecem em plano meramente assertivo. Embora a contribuinte invoque a existência de óbices dessa natureza para justificar a interposição da CBI, não produziu prova que permita concluir pela efetiva impossibilidade jurídica de aquisição direta da participação societária pela Vale ou de posterior incorporação da Salobo, circunstância que enfraquece a força persuasiva da justificativa apresentada e impede que tal argumento seja acolhido apenas com base em afirmações genéricas desacompanhadas de demonstração concreta.

Desse modo, o conjunto probatório dos autos reforça a conclusão de que a interposição da CBI não se justificou por qualquer necessidade econômica, operacional, societária ou regulatória efetivamente demonstrada. Embora a contribuinte tenha aludido, em termos genéricos, à existência de supostos “óbices societários” e “regulatórios”, jamais identificou qual norma concreta impediria a VALE de adquirir diretamente a participação da Anglo American na SALOBO, tampouco produziu prova de eventual restrição à realização de posterior incorporação entre VALE e SALOBO. A alegação permaneceu desacompanhada de qualquer suporte documental ou normativo.

Tal circunstância assume especial relevância porque a própria VALE já detinha diretamente 50% do capital social da SALOBO antes da aquisição da participação remanescente. Como destacado pela fiscalização, a VALE era a empresa que havia desenvolvido os estudos geológicos e de viabilidade econômica do empreendimento, era titular originária dos direitos minerários, financiou integralmente a aquisição mediante AFAC especificamente destinado à compra das ações, comunicou a operação ao mercado em seu próprio nome e foi quem efetivamente decidiu assumir o dispêndio correspondente ao ágio pago pela expectativa de rentabilidade futura. Assim, todos os elementos econômicos substanciais da operação estavam concentrados na VALE, e não na CBI.

Por outro lado, os fatos apurados pela fiscalização evidenciam que a CBI possuía as características típicas de uma sociedade de prateleira ou veículo transitório. Foi constituída por empregados da VALE, tinha sede no mesmo endereço da controladora, permaneceu inativa por longo período, não possuía atividade operacional própria, não mantinha empregados, não desenvolveu empreendimento econômico relevante e somente foi utilizada quando sobreveio a

oportunidade de aquisição da participação societária na SALOBO. Isoladamente, tais circunstâncias poderiam se mostrar em mero indício, mas, em seu conjunto, demonstram cabalmente a artificialidade da interposição de CBI na operação.

Com efeito, apenas um ano e dois meses após a aquisição da participação societária na SALOBO, a CBI foi incorporada pela própria SALOBO e extinta. Diante da ausência de atividade operacional relevante, da inexistência de empregados, da utilização de recursos integralmente aportados pela VALE e da não demonstração de finalidade econômica autônoma para sua manutenção, os fatos apurados pela fiscalização indicam que a função desempenhada pela CBI esgotou-se com a implementação da estrutura societária concebida para a aquisição da participação e para o subsequente aproveitamento do ágio pela SALOBO.

Nesse contexto, a ausência de qualquer justificativa negocial ou regulatória comprovada para a utilização da CBI, somada ao fato de a VALE já ocupar diretamente posição societária de 50% na SALOBO e poder adquirir em seu próprio nome a participação remanescente da Anglo American, conduz à conclusão de que a interposição da empresa-veículo teve por finalidade exclusiva criar artificialmente uma cadeia societária destinada a deslocar o ágio para a sociedade operacional que futuramente geraria resultados tributáveis. Em outras palavras, a estrutura adotada permitiu construir formalmente uma incorporação entre CBI e SALOBO, sem que houvesse necessidade de uma reorganização societária envolvendo diretamente a VALE, verdadeira financiadora e beneficiária econômica da aquisição.

De fato, se existisse razão econômica, societária ou regulatória legítima para impedir que a VALE adquirisse diretamente a participação ou promovesse reorganização societária envolvendo a SALOBO, seria natural que tal circunstância tivesse sido claramente identificada e comprovada nos autos. Ocorre que a contribuinte se limitou a mencionar, de forma genérica, supostos “óbices societários” e “regulatórios”, sem indicar qual norma os estabeleceria, qual autoridade os teria imposto ou de que modo inviabilizariam a aquisição direta ou a incorporação entre VALE e SALOBO. A ausência dessa demonstração enfraquece substancialmente a explicação apresentada e reforça a percepção de que a estrutura adotada não atendia a finalidade negocial autônoma.

Assim, longe de infirmar a autuação, a inexistência de justificativa concreta para a não utilização de uma aquisição direta pela VALE acaba por corroborar a tese fiscal de que a CBI foi utilizada como mero instrumento de passagem, destinado a contornar a disciplina dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A operação não promoveu a confusão patrimonial entre a verdadeira investidora, isto é, a VALE, e a sociedade cuja rentabilidade futura justificou o pagamento do ágio, isto é, a SALOBO. Ao contrário, a utilização de uma sociedade sem substância econômica própria permitiu apenas reproduzir formalmente os pressupostos necessários à amortização do ágio, sem que estivesse presente a situação material que a legislação buscou disciplinar. Nessa perspectiva, os elementos coligidos pela fiscalização revelam que a interposição da CBI não teve outra função relevante senão viabilizar artificialmente o aproveitamento fiscal do ágio, razão pela qual se

mostra legítima a sua desconsideração para fins da aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa não apreciados no acórdão recorrido.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto