



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	17227.720342/2022-10
ACÓRDÃO	1201-007.210 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de julho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2017

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.

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma disposta de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar

de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquele objeto da decisão.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Para a aplicação da multa qualificada de 150%, é indispensável a plena caracterização e comprovação da prática de uma conduta fraudulenta por parte do contribuinte, ou seja, é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que fique configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção, mas também o seu objetivo. Ademais, incabível trata da multa de ofício quando não há crédito tributário constituído.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 24 de julho de 2025.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho – Relator

Assinado Digitalmente

Jose Eduardo Genero Serra – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Ailton Neves da Silva (substituto integral), Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Jose Eduardo Genero Serra. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcelo Antônio Biancardi.

RELATÓRIO

Da Autuação e da Impugnação

Trata o presente de Recurso Voluntário, às fls. 3895/3933, apresentado em face do acórdão nº 106-046.278, exarado pela 4ª Turma da DRJ/06, em 27 de março de 2024, às fls. 3858/3886, que julgou improcedente a Impugnação apresentada pela OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL (doravante denominada OI S.A.), às fls. 3731/3762, contra Autos de Infração lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória/ES – DRF/VIT, às fls. 3711/3721, sem crédito tributário constituído – os valores apurados de IRPJ e CSLL foram compensados, respectivamente, com o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL apurados no período fiscalizado.

Por bem descrever os fatos que desembocaram no presente processo, reproduzo os termos do relatório da decisão da DRJ de origem, complementando-o ao final:

Contra a contribuinte acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 3.711 a 3.720, com intimação para que a interessada promovesse ajuste nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, em razão de exclusões indevidas por ágio indedutível no

montante de R\$ 259.988.281,00, valor integralmente compensado com prejuízo do período de apuração.

O procedimento fiscal está detalhado no Termo de Verificação Fiscal, TVF, de fls. 3.626 a 3.710, sintetizado a seguir.

Informa o Autor do feito que, para melhor compreensão do TVF, foram criadas denominações mnemônicas das sociedades citadas no relatório, conforme quadro abaixo.

Nome Empresarial	CNPJ	Denominação
Oi S.A. - Em Recuperação Judicial	76.535.764/0001-43	OI (*)
Bratel Brasil S.A.	12.956.126/0001-13	BRATEL
EDSP75 Participações S.A.	09.626.007/0001-98	EDSP
Pasa Participações S.A.	11.221.565/0001-15	PASA
Telemar Participações S.A.	02.107.946/0001-87	TMAR PART
Telemar Norte Leste S.A.	33.000.118/0001-79	TELEMAR
Tele Norte Leste Participações S.A.	02.558.134/0001-58	TLN PART
Portugal Telecom, SGPS S.A.	Empresa Portuguesa	PT SGPS

(*) ou simplesmente contribuinte, sujeito passivo, companhia ou fiscalizada.

Acrescenta que os termos de intimação lavrados no curso da ação fiscal, bem como as respostas apresentadas e respectiva documentação foram juntados a fls. 18 a 2.317.

Ao tratar das exclusões indevidas, principia dizendo que a legislação só autoriza o aproveitamento tributário do ágio nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, quando houver confusão patrimonial entre a sociedade investida e a real investidora, afirmando que isso não ocorreu na presente situação.

Apresenta os esclarecimentos da Fiscalizada para o registro de despesas com amortização de ágio no montante de R\$ 272.492.251,15 no ano-calendário de 2016:

De acordo com informações apresentadas no dossiê nº 10010.013.164/0418-12 (ANEXOS II e III do presente processo), o alegado ágio teria sido transferido à OI pela incorporação, no dia 01/09/2015, da TMAR PART que, na mesma data, teria incorporado a BRATEL, sociedade em cujo patrimônio estaria o ágio.

As parcelas de ágio amortizadas em 2016, excluídas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, seriam as discriminadas em seguida:

Adquirente	Adquirida	Ágio Apurado	Prazo Amort. (meses)	Exclusão Mensal	Total 2016
BRATEL	PASA	1.182.716.111,10	180	6.570.645,06	78.847.740,74
	EDSP	1.220.302.323,82	180	6.779.457,35	81.353.488,25
	TMAR PART	1.731.505.402,51	192	9.018.257,30	108.219.087,66
	TNL PART	174.511.478,57	60	339.327,87	4.071.934,50
TOTAL				22.707.687,60	272.492.251,15

Ainda, conforme informações da OI, o alegado ágio na BRATEL estaria fundamentado na expectativa de rentabilidade futura dos investimentos consolidados a seguir, que foram levados a termo em 31 de março de 2011:

Adquirida	Perc. Adquirido	Valor Pago	Participação PL	Ágio
PASA	35,0000%	1.582.142.516,70	380.121.114,92	1.202.021.401,78
EDSP	35,0000%	1.582.142.516,70	369.692.661,98	1.212.449.854,72
TMAR PART	12,0695%	1.909.880.557,54	178.797.336,88	1.731.083.220,66
TNL PART	10,4927%	1.599.999.988,73	1.425.469.754,03	174.530.234,70

Diz que as informações acima foram confirmadas pela Fiscalizada para o ano-calendário de 2017, inclusive com coincidência de valores.

Menciona o processo administrativo nº 16682.720702/2020-73, em que foi apurado aproveitamento fiscal indevido de despesas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, referente aos fatos geradores ocorridos no período de setembro/2015 a dezembro/2016, informando que os elementos de prova constantes do referido processo foram utilizados no procedimento fiscal por se referirem aos mesmos fatos caracterizadores da infração tributária.

Apresenta a legislação que rege a amortização do ágio pago em investimentos, da qual destaca a obrigação de absorção de patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa (absorção de patrimônio da investidora pela investida), por meio de incorporação, fusão ou cisão, na qual ocorra o "encontro" da participação societária adquirida e do ágio pago por tal participação em um mesmo patrimônio ("confusão patrimonial"), acrescentando que:

E para que se verifique a "confusão patrimonial", é fundamental que se reúna, na mesma universalidade, a investida e a investidora, incluídos, conseqüentemente, o ágio e o investimento que lhe deu origem; sendo, portanto, imprescindível que o investimento originário tenha sido efetivamente suportado pela real investidora (quem, de fato, desembolsou os recursos e assumiu os riscos do negócio com base na expectativa de rentabilidade futura).

Cita decisões a respeito da CSRF e do CARF, concluindo que:

Assim sendo, não é possível a interposição de sociedade empresarial com o único objetivo de carrear o ágio à pessoa jurídica que as partes pretendem que o amortize. Uma vez que não se pode perder de vista a identificação do real adquirente do ágio e se impõe verificar se ocorre a suscitada hipótese de "confusão patrimonial". Em não ocorrendo, resta descaracterizado o propósito da empresa

veículo interposta e levando-se em conta ter sido um terceiro quem efetivamente suportou o ágio, não se pode igualmente admitir sua amortização para fins fiscais.

Apresenta, em ordem cronológica, eventos de caráter societário ou comercial que se relacionam com o aproveitamento fiscal do ágio pela Fiscalizada:

- *Venda, em 28/07/2010, pela Portugal Telecom SGPS de sua participação na Vivo Participações S/A, por cerca de 7,5 bilhões de euros, sendo parte expressiva dos recursos, segundo informado pela Fiscalizada, aplicados, em março de 2011, na aquisição, por uma subsidiária brasileira da operadora portuguesa, a BRATEL Brasil SA, de expressiva participação em empresas que controlavam as operações do Grupo Oi.*
- *Também em 28/07/2010, em momento anterior à constituição da BRATEL, houve a celebração de termo de intenções entre a PT SGPS e os dois principais acionistas da TMAR PART, AG Telecom Participações SA e LF Tel SA, com a interveniência da TLN PART, da TELEMAR e da própria TMAR PART, estabelecendo investimentos para uma parceria estratégica entre a PT SGPS e as empresas do grupo Oi, que consistiriam numa participação direta e indireta da investidora portuguesa de cerca de 22,4% do capital da TELEMAR, com a seguinte composição: (i) aquisição de participação societária minoritária no capital da AG e da LF; (ii) aquisição de participações societárias diretas na TMAR PART; (iii) aumento de capital social da TMAR PART; (iv) aumento de capital na TNL PART e (v) aumento de capital na TELEMAR; além de participação recíproca, com a aquisição pela TELEMAR de uma participação na PT SGPS de até 10%, com aditamento do acordo até 31/01/2011.*
- *Em 18/08/2010, o ato de concentração foi submetido ao CADE, tendo como um dos petionantes a Portugal Telecom SGPS.*
- *Em 16/11/2010, foi registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP a Ata da Assembleia Geral de Constituição da BRATEL, realizada em 29/10/2010, com capital social subscrito de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo como acionistas BRATEL B.V. (99%) e Cvtel B.V. (1%), sociedades constituídas conforme as leis dos Países Baixos e sediadas em Amsterdã, ambas sob controle indireto da PT SGPS (100%), sendo que a Cvtel B.V. não apresentou atividade naquele ano, enquanto a BRATEL BV foi constituída em 2010 e tinha como Diretor Presidente, Shakhaf Wine, um dos administradores executivos da PT SGPS à época.*
- *Em janeiro, março e abril de 2011, foram aprovados aumentos de capital social da BRATEL, conforme quadro a seguir.*

DATA AGE	SUBSCRITOR	VALOR SUBSCRIÇÃO	CAPITAL APÓS SUBSCRIÇÃO	DATA REGISTRO
07/01/2011	Bratel BV	300.037,76	360.038,14	08/02/2011
	Cvtel BV	50.000,38		
20/01/2011	Bratel BV	6.653.699.900,00	6.654.059.938,14	23/02/2011
27/01/2011	PT SGPS	83.964.518,41	6.838.024.456,55	23/02/2011
	Portugal Telecom Brasil S.A.	100.000.000,00		
29/03/2011	Bratel BV	1.438.222.600,00	8.276.247.056,55	28/04/2011
29/04/2011	Portugal Telecom Brasil S.A.	2.000.000,00	8.278.247.056,55	06/06/2011

• Em 25/01/2011, foi divulgado ao mercado a conclusão do acordo, e assinados vários Contratos de Compra e Venda e de Subscrição de Ações entre a BRATEL e empresas do grupo Oi e seus acionistas controladores, conforme anexos XII, XIII, XIV e XV, envolvendo as empresas PASA, EDSP, TMAR PART, TNL PART, TELEMAR, observando-se que, nos contratos de subscrição/compra e venda de ações respectivos, a BRATEL é sempre denominada "Portugal Telecom", confundindo-se, na atuação, com sua própria controladora a PT SGPS que consta como interveniente anuente em todos esses documentos, além de responsável solidária pelas obrigações assumidas pela BRATEL.

• Em 28/03/2011, a PT SGPS comunicou a parceria com a Oi ao mercado português.

• Em 31/03/2011, foram implementados os investimentos da PT SGPS no grupo Oi, por meio da BRATEL, sendo que, ao final, a PT SGPS possuía, por meio da BRATEL, uma participação 25,28% no capital social da TELEMAR, totalizando um investimento de R\$ 8,3 bilhões, conforme os saldos finais nas contas de investimento contabilizados pela BRATEL, que, contudo, apresentam divergências com os valores registrados em laudos posteriormente elaborados.

Código	Conta	Tipo	Saldo Final	D/C
110230	PERMANENTE	S	8.320.999.909,34	D
110231	INVESTIMENTOS	S	8.320.999.909,34	D
110232	CONTROLADAS / COLIGADAS	S	4.299.873.116,34	D
110298	TELEMAR NORTE LESTE SA	A	1.927.265.181,14	D
110299	TELENORTE LESTE PARTICP SA	A	1.416.094.885,73	D
110300	TELEMAR PARTICIPACOES SA	A	185.703.618,54	D
110301	PASA PARTICIPACOES SA	A	397.472.176,23	D
110302	EDSP75 PARTICIPACOES SA	A	373.337.254,70	D
110304	AGIO / DESAGIO EM INVESTIMENTOS	S	4.021.126.793,00	D
110303	AGIO / DESAGIO INVEST - TELEMAR	A	280.430.852,00	C
110305	AGIO EM INVESTIMENTOS - TELENORTE LESTE	A	183.905.103,00	D
110306	AGIO EM INVESTIMENTOS - TELEMAR PARTIC	A	1.724.176.939,00	D
110307	AGIO EM INVESTIMENTOS - PASA	A	1.184.670.341,00	D
110308	AGIO EM INVESTIMENTOS - EDSP75	A	1.208.805.262,00	D

• Em 28/04/2011, foram emitidos Laudos de Avaliação com projeções de rentabilidade futura, conforme se resume no quadro abaixo.

Investida	Participação Adquirida	PL Investida	Valor Pago	Desdobramento PL	Desdobramento Ágio/Deságio
PASA	35,0000%	1.141.218.301,71	1.582.142.516,70	399.426.405,60	1.182.716.111,10
EDSP	35,0000%	1.033.829.122,52	1.582.142.516,70	361.840.192,88	1.220.302.323,82
TMAR PART	12,0695%	1.477.900.120,42	1.909.880.557,54	178.375.155,03	1.731.505.402,51
TNL PART	10,4927%	13.585.526.224,53	1.599.999.988,73	1.425.488.510,16	174.511.478,57
TELEMAR	9,4390%	20.618.681.020,02	1.646.834.329,14	1.946.197.301,48	-299.362.972,34

- Em Assembleias Gerais, realizadas em 27/02/2012, os acionistas das companhias Oi (TNL PART, TELEMAR, Coari Participações S.A. e Oi - à época denominada Brasil Telecom S.A.) aprovaram uma reorganização societária que compreendeu: (i) a cisão parcial da TELEMAR, com a incorporação da parcela cindida pela Coari; (ii) a incorporação de ações da TELEMAR pela Coari; (iii) a incorporação da Coari pela Oi, e (iv) a incorporação da TNL pela Oi. - (ANEXO XX), com o objetivo de unificar as bases acionárias destas companhias, e assim a Oi passou a concentrar todas as participações acionárias e a ser a única das companhias a ser listada em bolsa de valores, sendo que tal movimento repercutiu nos investimentos da PT SGPS, formalizados por meio da BRATEL, que teve suas participações na TELEMAR e na TNL PART substituídas por ações da Oi.
- Em 31/05/2012, a PT SGPS comunicou ao mercado português a aquisição de 10% de seu capital votante pela TELEMAR.
- Em 02/10/2013, a Oi divulgou Fato Relevante anunciando a realização de um memorando de entendimentos para formação de uma companhia que reuniria os acionistas da Oi, da TMAR PART e da Pharol, SGPS, SA. (nova denominação da PT SGPS).
- Em 20.02.2014, em nova divulgação, a Oi anunciou a celebração de diversos instrumentos contratuais que descreveriam as etapas necessárias à implementação da referida operação.
- Em 26/03/2015, a Oi e a TMAR PART informaram ao mercado que diante da existência de empecilhos que impossibilitavam a continuidade daquela operação, estavam avaliando uma estrutura alternativa para migração para o Novo Mercado da BM&FBOVESPA, que não envolvesse a combinação de negócio entre a Oi, a TMAR PART e a PT SGPS.
- Em 31/03/2015, em nova divulgação de fato relevante, informa-se que estrutura alternativa havia sido aprovada pela unanimidade dos acionistas da TMAR PART, com a simplificação societária, que consistiria em: (i) incorporação de AG Telecom Participações S.A. ("AG Tel") pela Pasa Participações S.A. ("PASA"), de LF Tel SA. ("LF") pela EDSP75 Participações SA. ("EDSP75") e de PASA e EDSP75 pela BRATEL Brasil S.A. ("Bratei"); (ii) incorporação da Valverde Participações SA. pela TmarPart; (iii) incorporação de Venus RJ Participações S.A. ("Venus"), Sayed RJ Participações SA. ("Sayed") e PTB2 pela BRATEL; (iv) incorporação da BRATEL pela TmarPart; e, por fim, (v) a incorporação da TmarPart pela Oi, registrando ainda o referido fato relevante que:

as operações realizadas no contexto da Simplificação Societária não acarretarão diluição da participação dos demais acionistas das empresas envolvidas, tendo em vista que as relações de substituição foram estabelecidas exclusivamente considerando as participações diretas e indiretas entre elas e no capital da Oi, observada a premissa de que tais sociedades não terão, à exceção de eventuais ágios registrados em relação a seus investimentos, ativos relevantes ou passivos (ou terão caixa ou equivalentes de caixa em montante suficiente para quitar integralmente seus endividamentos). Quaisquer ágios, ou outros ativos, registrados nas sociedades cuja estrutura será simplificada poderão ser transferidos à Oi, em benefício de todos os acionistas da Oi e não serão considerados para fins do estabelecimento de relação de troca."

- *Em 01/09/2015, houve nova reorganização societária com simplificação da estrutura acionária.*

Sucessora	CNPJ	CNPJ – Nome Sucedida
EDSP	09.626.007/0001-98	02.390.206/0001-09 – LF Tel S/A
PASA	11.221.565/0001-15	03.260.334/0001-92 – AG Telecom Participações S/A
BRATEL	12.956.126/0001-13	11.221.565/0001-15 – PASA
		09.626.007/0001-98 – EDSP
		19.073.703/0001-78 – Sayed RJ Participações S/A
		13.892.147/0001-85 – Venus RJ Participações S/A
		11.196.690/0001-12 – PTB2 S.A.
TMAR PART	02.107.946/0001-87	12.956.126/0001-13 – BRATEL
		12.493.925/0001-09 – Valverde Participações S.A.
OI	76.535.764/0001-43	02.107.946/0001-87 – TMAR PART

Informa, a respeito da BRATEL, que:

Durante seu período de atividade formal, a BRATEL não teve empregados, tendo contado apenas com o trabalho de seus diretores, conforme se verifica nos registros de seus atos societários.

As únicas pessoas físicas remuneradas pela BRATEL foram dois de seus diretores: Shakhaf Wine, no período de 02 a 05/2014, e Anna Laura Baraf Svartman, de 11/2014 a 08/2015, conforme se comprova na escrituração contábil (...) e nas informações prestadas por meio de Declarações do Imposto de Renda Retido na Fonte (Dirf).

Apresenta suas conclusões:

Após a análise da documentação obtida ao longo do procedimento fiscal e dos anexos do processo administrativo fiscal nº 16682.720.702/2020-73, conclui-se que realmente ocorreu pagamento de ágio, entre partes não relacionadas, no investimento no grupo Oi.

No entanto, o que se constata é que o real adquirente dos investimentos, aquele que suportou o custo das aquisições, não foi a BRATEL. Tal investidor foi a sociedade portuguesa PT SGPS.

Em suma, a BRATEL foi constituída após as tratativas entre a PT SGPS e o grupo Oi e seus acionistas controladores, com a finalidade de ser um veículo para realização

dos investimentos, buscando fugir da impossibilidade de "internalizar" o ágio pago pela sociedade estrangeira (PT SGPS). Ocorre que todo o investimento e os riscos dele decorrentes foram suportados pela PT SGPS, quem, de fato, aportou os recursos financeiros.

Além disso, resta demonstrado que se em julho de 2010 a aliança acordada entre a PT SGPS e o grupo Oi previa que a investidora tivesse uma participação de 22,4% da TELEMAR. Ao final do período sob exame, apesar das reorganizações, a investidora, já então denominada PHAROL, SGPS S.A, continuava a existir, assim como sua subsidiária BRATEL BV, e, ainda, mantinha uma participação na Oi superior a 22% (excluindo as ações em tesouraria).

A reestruturação que se operou em setembro de 2015 buscou apenas simplificar a estrutura acionária da Oi, de forma a racionalizar recursos e a preparar a companhia no seu objetivo de migrar para o Novo Mercado da BMF&Bovespa, não tendo sido promovida a unificação dos patrimônios do real investidor (PT SGPS) e investida (Oi), restando claro que não ocorreu a confusão patrimonial, condição necessária para o aproveitamento fiscal do ágio.

A título ilustrativo, replica-se a seguir trecho do histórico da sociedade portuguesa no Brasil no período 2010-2016, como consta em seu site (ANEXO XXV):

"No Brasil, após a aquisição de algumas participações, como a Telesp Celular, o Grupo PT realizou uma joint-venture com a Telefônica criando a Vivo, o operador móvel líder do mercado brasileiro. Após a venda da Vivo, em 2010, o Grupo PT investiu na Oi como forma de se manter no mercado brasileiro, um mercado de elevado potencial de crescimento numa sociedade também em crescimento e que sempre foi uma prioridade para o Grupo PT.

Em 2 de outubro de 2013, a PT SGPS, S.A. (PT) e a Oi, S.A. (Oi) anunciaram a intenção de proceder à combinação dos negócios da Portugal Telecom e da Oi, concentrando-os numa única entidade cotada de direito brasileiro, a CorpCo.

No âmbito desta combinação dos negócios, a PT subscreveu um Aumento de Capital da Oi, liquidado em 5 de maio de 2014, através da contribuição em espécie dos Ativos PT, incluindo a PT Portugal, entidade que reunia todos os ativos operacionais do Grupo PT.

Em resultado da contribuição para o Aumento de Capital da Oi, a PT aumentou a sua participação efetiva na Oi de 23,2%, anteriormente detida através da BRATEL Brasil, para uma participação efetiva de 39,7%, detida através de uma participação direta total de 35,8% (32,8% na PT SGPS e 3,0% na BRATEL Brasil) e uma participação indireta de 3,9% detida através dos acionistas controladores da Oi. Após a referida contribuição, a PT SGPS continuou a exercer controlo conjunto da Oi com os seus parceiros (à semelhança de anos anteriores), sendo que toda a atividade operacional nas varias geografias é exercida pela Oi.

Na sequência do incumprimento, em julho de 2014, do reembolso dos instrumentos representativos de dívida emitidos pela Rio Forte Investments, S.A. ("Rio Forte"), a PT e a Oi celebraram, em 8 de setembro de 2014, um Contrato de Permuta e um Contrato de Opção de Compra, sujeitos à lei brasileira, cujos principais termos e condições, foram objeto de aprovação pelos acionistas em Assembleia Geral realizada na mesma data.

A celebração dos acordos com a Oi, incluindo a celebração do Contrato de Permuta e do Contrato de Opção de Compra, permitiu prosseguir a operação de Combinação de Negócios anunciada em 2 de outubro de 2013, não sendo, no entanto, viável

prosseguir com a fusão da PT na CorpCo, com a consequente extinção da PT, nos moldes inicialmente previstos, tendo em conta a alteração da composição dos ativos da PT SGPS, após a execução da Permuta, bem como a deterioração da situação financeira da Oi entretanto verificada. A Permuta contratada em 8 de setembro de 2014 foi consumada em 30 de março de 2015 e a PT, passou a deter como ativos relevantes (i) uma participação direta e indireta de 27,48% na Oi através de 84.167.978 ações ordinárias e 108.016.749 ações preferenciais da Oi, (ii) os Instrumentos Rio Forte no montante total de €897 milhões e (iii) a Opção de Compra sobre 47.434.872 ações ordinárias e 94.869.744 ações preferenciais da Oi.

A 29 de Maio de 2015, os acionistas decidem alterar a denominação para PHAROL, SGPS S.A.

Em 8 de outubro de 2015 na sequência da homologação da conversão voluntária de ações preferenciais em ações ordinárias de emissão da Oi, a PHAROL passou a deter, direta e indiretamente através de subsidiárias 100% detidas, 183.662.204 ações ordinárias da Oi, representativas de 27,18% do capital social total da Oi (excluindo ações de tesouraria). O direito de voto da PHAROL na Oi está limitado a 15% do total de ações ordinárias.

Nos dias 29 de abril e 19 de maio de 2016, a PHAROL, apenas por motivos de reorganização societária, transferiu a titularidade das 128.213.478 ações ordinárias de emissão da Oi, diretamente detidas pela PHAROL, para a sua subsidiária 100% detida, BRATEL B.V.. Desta forma, a participação direta da BRATEL B. V. (e indireta da PHAROL) passou a ser 183.662.204 ações ordinárias da Oi S.A, as quais representam aproximadamente 22,24% do capital social total da Oi S.A. (27,18% excluindo as ações de tesouraria)."

No presente caso, constata-se que houve um uso distorcido dos comandos legais, uma vez que a criação da BRATEL foi uma artificialidade, inserida na montagem jurídica apenas como um veículo para um eventual aproveitamento tributário do ágio, visto que a real investidora era uma empresa domiciliada no exterior, e se a aquisição tivesse sido efetivada diretamente por ela, o ágio não poderia ser amortizado para fins tributários.

Reproduz, em seguida, decisões administrativas acerca da necessidade da confusão patrimonial entre o real investidor e a empresa investida, para o aproveitamento fiscal do ágio, e da impossibilidade desse aproveitamento no caso de investidora sediada no exterior.

Diz que os laudos apresentados não fizeram qualquer análise dos outros critérios de alocação do ágio, tendo-se focado apenas na rentabilidade futura dos investimentos adquiridos como capaz de suportar o ágio pago.

Ressalta que os recursos dispendidos nas operações de aquisição das empresas PASA, EDSP, TMPART e TNL PART vieram do caixa da PT SGPS, domiciliada no exterior, tendo ingressado no caixa da BRATEL exclusivamente para viabilizar as aquisições dessas participações societárias, sem que houvesse um propósito negocial suficiente para justificar a circulação dos recursos na BRATEL, a não ser o benefício fiscal de dedução do ágio no lucro tributável da Fiscalizada.

Aduz que a legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas internamente, que adquirem investimentos com ágio, e que a BRATEL serviu meramente como

empresa veículo para efetuar o repasse dos recursos aos alienantes das ações e para concretizar a operação de transferência dos recursos financeiros advindos da controladora estrangeira, acrescentando que:

Buscou-se por meio, das operações realizadas mascarar a real operação ocorrida, haja vista a interposição da pessoa jurídica BRATEL com o objetivo de que parecesse que fora esta (BRATEL), localizada no território brasileiro, quem realmente efetuara o dispêndio financeiro para a aquisição do capital.

A BRATEL, durante a sua existência formal (10/2010 a 09/2015), não realizou qualquer atividade operacional de fato, tempo suficiente para que, em qualquer circunstância, ter praticado ato comercial com fins econômicos. A BRATEL não possuiu empregados, remunerou apenas dois diretores, não fez os estudos de rentabilidade futura nem pagou pelos laudos de avaliação dos investimentos.

Cita entendimentos doutrinários e a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/93, para observar que, por mais corretas que sejam as operações formais da BRATEL, a sua essência se resumiu em gerar um ágio artificial, concluindo que:

para que se tenha o direito à dedução das despesas de amortização do ágio, previsto no artigo 386 do RIR/99, é necessário que participe da confusão patrimonial a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Não é permitido o benefício fiscal de dedução do ágio no lucro tributável se a real investidora transferiu recursos à empresa veículo com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a confusão patrimonial advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento do ágio, mesmo que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre partes independentes e com efetivo pagamento do preço. Além disso, a legislação que permite a amortização fiscal do ágio é nacional, devendo ser aplicada tão somente às empresas domiciliadas no Brasil, quando adquirirem investimentos com ágio.

Esclarece os montantes indevidamente excluídos pela Fiscalizada a título de amortização de ágio, e assinala que, em relação à CSLL, aplicam-se as mesmas regras de apuração e pagamento do IRPJ, inclusive no que se diz respeito à apuração da base de cálculo, conforme dispõe o artigo 57 da Lei nº 8.981/1995.

Informa que o presente lançamento reduziu o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL:

Foram considerados os saldos anteriores de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, conforme pesquisa aos sistemas da RFB, cujos valores constam dos demonstrativos anexos às fls. 3624 e 3625.

Após os lançamentos relacionados a este procedimento fiscal, os saldos de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL apresentaram os valores contidos nas planilhas integrantes dos Autos de Infração, todas referentes ao ano-calendário de 2017, bem como nos referidos demonstrativos (fls.3624 e 3625).

Justifica a qualificação da multa de ofício no percentual de 150% “por se caracterizar fraude, nos termos do art. 72 da Lei n 4.502, de 1964, e em conformidade com o artigo 44 da Lei n* 9.430/1996”, considerando que:*

No decorrer do procedimento fiscal ficou evidenciado que a empresa estrangeira PT SGPS, sediada em Portugal, era quem detinha os recursos e a motivação para a aquisição de investimentos com ágio, tendo sido utilizada a empresa BRATEL como empresa veículo exclusivamente para viabilizar a aquisição de participações societárias, sem que houvesse um propósito comercial para justificar a circulação de recursos nesta empresa, a não ser a dedução do ágio no resultado fiscal.

A estratégia constituiu na interposição da empresa BRATEL na reorganização societária, de modo a enquadrá-la forçosamente na moldura legal que rege as amortizações fiscais de ágio pago nas aquisições de participações societárias. A criação da BRATEL foi um artifício utilizado visando exclusivamente reduzir o montante do imposto devido.

Caso não houvesse a interposição da empresa veículo nas transações, nada teria se alterado, do ponto de vista econômico, com relação à aquisição das empresas do Grupo OI, pois todo investimento e os riscos dele decorrentes foram suportados pela PT SGPS. A interposta pessoa BRATEL atuou como mero veículo nas operações para proporcionar a interinação do ágio gerado no exterior. Logo, o ágio gerado artificialmente na OI referente à incorporação da TMAR PART não pode ser deduzido na apuração do lucro tributável.

Ao vislumbrar a possibilidade de formatar essas operações artificialmente, com intuito de enquadrá-las na hipótese legal de permissão da dedução fiscal, é que foi engendrado o planejamento tributário pelo contribuinte.

A BRATEL, com capital simbólico, sem atividade operacional, foi utilizada para a reorganização societária, conforme exhaustivamente já relatado neste Termo, com recursos de empresa estrangeira, para ser posteriormente incorporada e extinta, não sem antes cumprir sua única missão: a de compor o enquadramento legal para a "produção" fictícia de dedução fiscal.

Observa-se que, do ponto de vista comercial, não faz qualquer sentido a forma como foram estruturadas as operações, já que o objetivo foi claramente a implementação de planejamento tributário evasivo destinado exclusivamente à criação artificial de dedução fiscal em prejuízo da Fazenda Pública.

Resta evidenciado, portanto, que o sujeito passivo, participando do modo como foram estruturadas as operações, agiu conscientemente no sentido de excluir os referidos ágios, artificialmente produzidos, da apuração do resultado tributável, eximindo-se da imputação tributária, incidindo, desta forma, em fraude contra a Fazenda Pública.

Destaca que, no presente caso, as infrações tributárias apuradas reduziram o prejuízo fiscal (para o IRPJ) e a base de cálculo negativa da CSLL do período. Sendo assim, apesar da multa a aplicar ser de 150%, nos termos da legislação já citada, o seu valor apurado é igual a zero, haja vista que os Autos de Infração não resultaram em exigência de crédito tributário principal, sobre o qual incidiria a citada multa.

Ciente em 14 de setembro de 2022 (fls. 3.726), a contribuinte apresentou, em 14 de outubro de 2022 (fls. 3.729), impugnação a fls. 3.731 a 3.762.

Ressalta a Impugnante que a Autoridade Fiscal justifica a glosa da amortização fiscal do ágio, ao único argumento de que, no seu entender, não teria ocorrido no presente caso a "confusão patrimonial" entre a sociedade investida e a sua "real investidora".

Diz que, apesar de a Autoridade Fiscal reconhecer expressamente a regularidade da formação do ágio no presente caso - ou seja, reconhecer o efetivo pagamento realizado em uma operação não forçada entre partes não relacionadas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura - glosou a sua amortização ao simples argumento de que não teria sido a BRATEL, sociedade incorporada pela Impugnante, a real adquirente dos investimentos, mas sim a sociedade portuguesa Portugal Telecom SGPS.

Considera que o auto de infração deve ser cancelado pelos seguintes motivos:

- (i) inexistência de óbice legal que impeça a amortização de ágio decorrente da incorporação de empresa constituída como mecanismo viabilizador de investimento estrangeiro no Brasil; e*
- (ii) o auto de infração diverge da jurisprudência do CARF, que entende que a utilização de empresa veículo, por si só, não impede a amortização fiscal do ágio.*

Sintetiza a operação que deu ensejo à formação do ágio amortizado pela empresa em três etapas:

- I) criação e capitalização de sociedade no Brasil (BRATEL Brasil), realizada por empresa estrangeira (Portugal Telecom SGPS e controladas);*
- II) concretização de investimentos (com ágio) realizados pela sociedade brasileira (BRATEL Brasil) em empresas do Grupo Oi; e*
- III) incorporação da BRATEL Brasil pela Telemar Participações e posterior incorporação desta última pela Impugnante, o que veio a permitir a amortização do ágio objeto destes autos.*

Sublinha que não se aplicam ao presente caso as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 sobre a amortização fiscal do ágio, conforme ressalva constante no artigo 65 do próprio diploma legal, visto que as aquisições de participação societária que gerou o ágio ocorreram nos três primeiros meses de 2011 e a incorporação que autorizou a sua amortização para fins fiscais ocorreu em 2015.

Argumenta que o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 traz como únicos requisitos que: i) que uma pessoa jurídica incorpore outra na qual detenha investimentos adquiridos com ágio; e II) que o ágio adquirido tenha por fundamento a expectativa de geração de lucros futuros nos termos do art. 20, § 2º, b, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (vigente antes da Lei nº 12.973/2014), presentes no caso dos autos.

Sustenta que a legislação não cria a distinção introduzida pela Fiscalização entre "investidora real" ou "investidora formal", tampouco veda a utilização de empresas veículo quando, em sua origem, o ágio decorre de efetivo pagamento realizado entre partes independentes em condições normais de mercado.

Defende que só há simulação se houver uso de empresas veículo com a finalidade de gerar ágio artificialmente (i.e., o chamado ágio interno), mas não para receber investimentos do exterior e viabilizar a aquisição de participação societária.

Assinala ser fato que a Impugnante jamais ocultou do Fisco ou do mercado no geral, que os recursos utilizados pela BRATEL Brasil para concretizar as aquisições e subscrições de capital nas empresas do Grupo Oi eram, de fato, provenientes do exterior.

Alega não haver exigência legal de que o ônus econômico do investimento deva ser suportado por empresa residente no país, acrescentando que:

Primeiramente, a se adotar o argumento do Fisco, nenhuma sociedade seria a real adquirente de um investimento, pois qualquer sociedade, sem exceção, para passar a existir, depende de outra pessoa (natural ou jurídica) para integralizar o seu capital social e conferir substância econômica para que ela consiga exercer o seu objeto social.

Levando esse entendimento ao limite, apenas os acionistas (pessoas naturais) é que poderiam amortizar o ágio se fossem contribuintes do IRPJ.

Além disso, é incontestável que na própria data de assinatura dos contratos de aquisição de participações societárias e subscrições de ações indicada pelo Fisco (25.01.2011), a BRATEL Brasil já era juridicamente titular de capital social de quase R\$ 7 bilhões de reais, valor suficiente para garantir todas as operações então realizadas.

Ressalta que o efetivo adquirente é aquele que assumiu o ônus jurídico do negócio, sendo, no presente caso, a BRATEL Brasil e não a Portugal Telecom.

Contesta o questionamento suscitado pela autoridade fiscal a respeito de a BRATEL ser denominada Portugal Telecom nos contratos examinados, afirmando que a mera utilização do nome da controladora em documentos internos não evidencia ser a sociedade portuguesa Portugal Telecom SGPS SA a real investidora nas empresas do Grupo Oi e não a própria BRATEL. Diz não importar o nome de fantasia adotado pela BRATEL, que isso não alteraria a realidade de que foi a própria BRATEL - pessoa jurídica nacional e absolutamente distinta da Telecom portuguesa - quem assumiu o ônus jurídico dos negócios jurídicos por ela celebrados. Afirma que as cláusulas de assunção de responsabilidade solidária pela Portugal Telecom SGPS eram simples garantias negociais firmadas entre as empresas investidas e a controladora indireta da BRATEL Brasil.

Acrescenta que:

A se adotar a ótica do Fisco e se considerar como efetivo adquirente o titular originário do capital investido, cairíamos numa situação em que seria impossível

saber, ao certo, quem foi o efetivo adquirente de um negócio. Isso porque, o capital aportado pela Portugal Telecom SGPS na BRATEL tem origens as mais diversas, inclusive, de capitalizações anteriores, o que, por óbvio, torna impossível remontar toda a história dos valores aplicados nas operações no Brasil.

Como já exposto, no limite, a posição do Fisco implica admitir que apenas os acionistas (pessoas naturais) é que poderiam amortizar o ágio (se fossem contribuintes do IRPJ).

Considera equivocado o raciocínio proposto pelo Fisco até mesmo pelo prisma econômico:

A Lei nº 9.532/1997 foi editada no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), que pretendia atrair investimentos estrangeiros para o Brasil. Sendo assim, grande parte dos investimentos que geraram ágio amortizado foram suportados, de fato, por sociedades estrangeiras, em regra, aquelas que detinham o capital e o conhecimento necessário para gerir as estatais brasileiras negociadas à época (em especial as empresas estatais de telefonia).

Assim, é mais interessante que o investimento tenha origem em recursos estrangeiros, atendidas, por óbvio, as restrições e limitações impostas a esse tipo de capital. É que aquisições suportadas por capital estrangeiro investido diretamente no Brasil incrementam a riqueza nacional, o que é mais desejável que os efeitos permutativos decorrentes de mera realocação de recursos já investidos no Brasil.

Alega não haver ilegalidade no uso de empresa-veículo em reestruturações societárias para a aquisição de participação societária e posterior amortização fiscal do ágio, sendo sua utilização necessária em muitos casos, argumentando que:

(...) essa empresa veículo teria um ágio registrado em sua contabilidade, que decorreria justamente do sobrepreço pago pela companhia estatal privatizada. No entanto, como essa empresa veículo não era operacional (seu propósito era apenas a compra da empresa estatal), o ágio nela registrado, apesar de ser passível de amortização, jamais seria utilizado, na medida em que esta empresa veículo - por não ser operacional - não geraria lucro contra o qual a parcela do ágio seria deduzida.

Ciente dessa realidade e preocupado em atrair investimentos nacionais e estrangeiros, a Lei nº 9.532/1997 criou uma sistemática na qual a empresa investidora deveria incorporar a empresa investida, de modo que, feito isso, haveria então o lucro (decorrente das operações que eram da investida e que passaram a ser da incorporadora), contra o qual o ágio seria amortizado.

Mas, além disso, o legislador criou a norma do art. 8º da Lei nº 9.532/97, no qual garantiu expressamente que a amortização do ágio, tal qual previsto no art. 7º, seria possível também nos casos em que a empresa investida (no exemplo dado, a empresa nacional privatizada) incorporasse a investidora (a chamada "incorporação reversa").

Reitera que a utilização de empresa veículo em operações que geram investimentos com ágio nunca foi um impeditivo para a sua amortização, acrescentando que:

através da utilização de uma empresa veículo e das sucessivas operações de incorporação societária que o chamado princípio do confronto entre despesas e receitas (matching principle) foi atendido, permitindo a amortização fiscal do ágio. O referido princípio é concretizado quando há a incorporação societária da empresa cuja participação societária fora adquirida, potencial geradora das receitas que dão fundamento econômico ao ágio pago, e a empresa que incorreu no custo para a sua aquisição.

O uso de empresa veículo, no caso concreto, nada mais fez do que operacionalizar que o matching principle pudesse efetivamente ser concretizado. Isso, no entanto, não retira a legitimidade do ágio que decorreu, em sua origem, de preço efetivamente pago, com apuração de ganho de capital pelos vendedores, em uma operação ocorrida entre partes independentes em condições normais de mercado.

Cita decisões do CARF e da CSRF relativas à legalidade de operações envolvendo empresas-veículo para fins de apuração e amortização de ágio, apenas afastada quando tem objetivo a criação artificial do ágio entre partes relacionadas sem qualquer fluxo financeiro.

Ataca a qualificação da multa de ofício, dizendo estar demonstrado que:

não houve qualquer irregularidade nas operações societárias que geraram o ágio aqui tratado, pois foi a BRATEL Brasil quem, para todos os fins (inclusive tributários), figurou como a investidora, fazendo, portanto, jus à amortização fiscal do ágio oriundo da operação.

Destaca ter havido pagamento pelo ágio em uma operação envolvendo partes independentes e em condições normais de mercado.

Argumenta que, em uma interpretação restritiva dos artigos 71 a 72 da Lei 4.502/1964, a recente jurisprudência do CARF vem afastando a imputação de fraude quando não estiver caracterizada adulteração de documentos fiscais e contábeis, ou a prestação de informações inverídicas, sendo que a correta contabilização das operações, registro de atos societários condizentes com as operações realizadas e informação das mesmas ao Fisco afastam qualquer caracterização de dolo.

Diz que o Fisco poderá discordar do enquadramento de determinado negócio jurídico no âmbito de aplicação do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, mas neste caso não se estará a falar de fraude a ensejar a qualificação da multa de ofício, e sim de divergências na interpretação da legislação tributária, aduzindo que:

Para demonstrar o dolo, não basta repetir o texto do art. 72 da Lei 4.502/1964. Há que se descrever, minuciosamente, a existência de alguma adulteração ou falsificação de informações fiscais - o que definitivamente não ocorreu no caso dos autos.

Não bastasse isto, ao contrário do que alega a Fiscalização, a jurisprudência do CARF já pacificou o entendimento de que a mera utilização de empresas veículo não é suficiente para caracterizar o intuito de fraude!

Sustenta não ter havido também qualquer conduta de simulação, não obstante a insinuação de artificialidade na participação da BRATEL pela Fiscalização, porém a construção da acusação fiscal foi absolutamente inconsistente com esta premissa.

*Caso a Portugal Telecom fosse a real adquirente da participação societária, e a Brasil BRATEL uma interposta pessoa, deveria o Fisco ter desconsiderado o negócio jurídico **com acusação de simulação**, nos termos do artigo 167, §1º, inciso I do Código Civil.*

Contudo, em nenhum momento o TVF formulou acusação de existência de simulação do negócio jurídico - o que confirma a ausência de vícios jurídicos nos instrumentos contratuais que apontam a BRATEL Brasil como real investidora nas operações societárias ora tratadas.

Repete que tudo foi feito às claras, sem falsidade ou ocultação, com todos os negócios ostensivamente declarados.

Acrescenta que no processo nº 16682.720702/2020-73, a multa de ofício foi lançada à razão de 75%, por não ter a Receita Federal encontrado indícios de dolo a caracterizar qualquer tipo de fraude, não podendo a Fiscalização interpretar o mesmo fato (concretização de investimentos com ágio realizados pela sociedade brasileira BRATEL Brasil em empresas do Grupo Oi) de maneiras diferentes, pois tal situação configura alteração do critério jurídico, o que é vedado pelo art. 146 do CTN.

Com fundamento no artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, e após reproduzir decisões do CARF que consideram lícita a conduta de investidor estrangeiro que constitui subsidiária no Brasil para depois adquirir investimentos, sustenta que;

a revisão (administrativa ou judicial) que tenha por objeto a análise da validade de um determinado ato, já devidamente consumado e completado no passado, deverá levar em conta as orientações gerais existentes à época da realização deste mesmo ato (opção pela amortização fiscal do ágio).

E, dentre essas orientações gerais, se inclui a jurisprudência administrativa majoritária, reiterada e de amplo conhecimento público.

Trata-se de dispositivo que visa essencialmente a promover um dos princípios inerentes à própria ideia de Direito, que é o da segurança jurídica.

No presente caso é inegável que a jurisprudência administrativa existente à época em que foram realizadas as operações societárias da Impugnante foi formada por decisões majoritárias, reiteradas e de notoriedade nacional.

Cita ainda o artigo 100, III, § único, do CTN, com regra expressa sobre a impossibilidade de penalizar o contribuinte por confiar nas práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas. Requer, com isso, que ao menos haja a exclusão da multa de ofício e dos juros Selic.

É o relatório.

Da Decisão Recorrida

Após apreciar os Autos de Infração, às fls. 3711/3721, o Termo de Verificação Fiscal - TVF, às fls. 3626/3710, e a Impugnação apresentada pela Contribuinte, às fls. 3731/3762, a 4ª Turma da DRJ/06 exarou o Acórdão nº 106-046.278, em 27/03/2024, às fls. 3858/3886, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, entretanto sem crédito tributário constituído – os valores apurados de IRPJ e CSLL foram compensados, respectivamente, com o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL apurados no período fiscalizado. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2017

ÁGIO COM FUNDAMENTO NA EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A amortização do ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura é dedutível desde que haja a reunião numa só entidade do patrimônio que efetivamente foi onerado pelo pagamento do sobrepreço com o patrimônio que vai gerar a rentabilidade esperada.

EMPRESA VEÍCULO.

Não é dedutível a amortização de ágio contabilizado por empresa veículo, cuja participação na reestruturação societária objective apenas cumprir artificialmente os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Caracteriza o evidente intuito de fraudar o Fisco a realização de operações de reestruturação societária com utilização de empresa veículo, criada com o objetivo único de possibilitar a amortização de ágio pago pela real investidora, ou seja, com o propósito exclusivo de obter vantagem tributária.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 2017

APURAÇÃO DA CSLL.

Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2017

ARTIGO 24 DA LINDB. INAPLICABILIDADE.

O artigo 24 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, não é apto a regular a atividade de lançamento, bem como o processo administrativo fiscal dele decorrente.

Impugnação Improcedente

Outros Valores Controlados

Do Recurso Voluntário

A OI S/A tomou ciência da sobredita decisão em **19/04/2024**, através de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE perante a RFB, às fls. 3891, e irresignada apresentou Recurso Voluntário, em **20/05/2024**, às fls. 3895/3933, e, além da tempestividade, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, reitera as razões apresentadas por ocasião da impugnação e acrescenta argumentos visando demonstrar que os atos administrativos não devem prosperar.

Nessa toada, em breve síntese, **em sede meritória**, inicialmente, apresentou síntese da reestruturação societária realizada, como também vasto comentário a respeito da amortização de ágio, os requisitos envolvidos – demonstrado, na espécie, o cumprimento - e em que se fundamentaram a acusação fiscal e a decisão atacada. Em seguida, protestou detalhadamente em desfavor das glosas de despesas com as amortizações de ágios, especialmente no que toca aos temas: empresa veículo; e real adquirente e real investida, do qual destacamos:

- a) Da ausência de fundamento legal para a tese do “real adquirente”: a lei não exige que o ônus econômico do investimento tenha sido suportado por uma empresa residente no país;
- b) Inexiste vedação legal que impeça a utilização de empresa veículo para viabilizar investimento estrangeiro no Brasil possibilitando, como consequência, a amortização de ágio efetivamente pago a vendedor independente;
- c) A conduta adotada pela recorrente está em consonância com a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), que entendem que a mera utilização de empresa veículo não impede, por si só, a amortização fiscal do ágio;
- d) A mera utilização de empresa-veículo, por si só, não caracteriza fraude que justifique a aplicação da multa qualificada, especialmente quando a fiscalização não é capaz de demonstrar o “evidente intuito de dolo” ou qualquer prática de simulação. Ademais, houve alteração do critério jurídico, repellido pelo art. 146, do CTN, entre estes autos de infração e os lavrados constante do processo administrativo fiscal nº 17227.720342/2022-10, cujos motivos são idênticos diferindo apenas no ano-calendário; e

- e) Subsidiariamente, no que toca à qualificação da multa de ofício em 150%, requer aplicação da retroatividade benigna, nos termos do art. 106, II, alínea “c”, do CTN, dada a superveniência da Lei nº 14.689/2023 que reduziu o percentual para 100%.

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Raimundo Pires de Santana Filho**, Relator

DA ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, cumpre esclarecer que os acórdãos das instâncias administrativas, bem como decisões judiciais e posicionamentos doutrinários, embora de inestimável valor como fonte de consulta, servem apenas como forma de ilustrar e reforçar a argumentação dos litigantes, dado que não têm o condão de alterar determinações expressas na legislação.

Ademais, no que diz respeito às decisões judiciais, além de não se constituírem em normas complementares do direito tributário nos termos do art. 100, do CTN¹, devem ser respeitadas as limitações impostas pelo Decreto nº 2.346/1997, e as determinações contidas no

¹ Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002. Quanto às citações doutrinárias que a defendente traz lume em seu petítório, em diversos tópicos da peça recursal, ressalva-se que a doutrina não integra a legislação tributária, conforme define o art. 96, do Código Tributário Nacional – CTN².

Também as decisões proferidas pelos Conselhos de Contribuintes, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e mesmo pela CAMARA Superior de Recursos Fiscais, ainda que reiteradas sobre determinada questão, não se fazem oponíveis à autoridade administrativa de Julgamento, ressalvada a hipótese de edição de súmula administrativa, na forma do art. 26 A, do Decreto nº 70.235/1972, incluído pela Lei 11.196/2005³. Veja-se também a conclusão do Parecer Normativo Cosit nº 23, publicado no DOU de 9 de setembro de 2013, que se presta a bem elucidar o tema:

Diante do exposto, conclui-se que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

DO MÉRITO

Das Glosas das Despesas com Amortização de Ágios

a) Da Introdução

² Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

³ Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

O caso sob exame trata de lançamento de ofício em decorrência de exclusões indevidas por ágio indedutível, referente ao ano-calendário de 2017, no montante de R\$ 259.988.281,00, que foi integralmente compensado com o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL apurados no período fiscalizado, quer dizer, da autuação não resultou crédito tributário constituído.

Em brevíssima síntese merecem destaque as seguintes conclusões da Autoridade Fiscal:

- i. Confirma que ocorreu o pagamento de ágio, na operação realizada entre partes não relacionadas, no investimento no grupo Oi;
- ii. O **real adquirente** dos investimentos, aquele que suportou o custo das aquisições – investidor -, não foi a BRATEL, mas a sociedade portuguesa PT SGPS;
- iii. A BRATEL foi constituída, após as tratativas entre a PT SGPS e o grupo Oi e seus acionistas controladores, com a finalidade de atuar como uma **empresa veículo** para viabilizar as aquisições das participações societárias de empresa nacional por grupo internacional, sem que houvesse um propósito negocial suficiente para justificar a circulação dos recursos. Salaria que todo o investimento e os riscos envolvidos foram suportados pela empresa portuguesa PT SGPS, quem, de fato, aportou os recursos financeiros;
- iv. Não se constatou, na operação societária em comento, a unificação dos patrimônios do real investidor (PT SGPS) e investida (OI), restando claro que não ocorreu a **confusão patrimonial**, condição necessária para o aproveitamento fiscal do ágio;
- v. Ressalta que houve um uso distorcido dos comandos legais, uma vez que a criação da BRATEL foi uma artificialidade, inserida na montagem jurídica apenas como um veículo para um eventual aproveitamento tributário do ágio, visto que a real investidora era uma empresa domiciliada no exterior, e se a aquisição tivesse sido efetivada diretamente por ela, o ágio não poderia ser amortizado para fins tributários;
- vi. Registra que os laudos apresentados não fizeram qualquer análise dos outros critérios de alocação do ágio, tendo-se focado apenas na rentabilidade futura dos investimentos adquiridos como capaz de suportar o ágio pago; e
- vii. A BRATEL, durante a sua existência formal (10/2010 a 09/2015), não realizou qualquer atividade operacional comercial com fins econômicos; não possuiu empregados; remunerou apenas dois diretores; e não fez os estudos de rentabilidade futura, nem pagou pelos laudos de avaliação dos investimentos; e
- viii. Citou jurisprudências desse tribunal aliadas a entendimentos doutrinários e a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/93, em prol de destacar que, por mais corretas que sejam as operações formais da BRATEL, a sua essência se resumiu em gerar um **ágio artificial**.

Indignada a OI S/A impugnou asseverando que todas as operações ocorreram em estrito cumprimento ao disposto nos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, vigentes à época dos fatos. Citou doutrina e jurisprudência administrativa e judicial que corroboram com as suas argumentações. Destas merecem registro:

- i. Que o único argumento do Fisco para glosa da amortização fiscal do ágio foi não ter ocorrido na espécie a "confusão patrimonial" entre a sociedade investida e a sua "real investidora";
- ii. Que a Autoridade Fiscal reconheceu expressamente a regularidade da formação do ágio no presente caso - ou seja, que houve o efetivo pagamento relacionado a uma operação concretizada entre partes não relacionadas, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura -, entretanto, efetivou a glosa em questão baseando-se no simples argumento de que não teria sido a BRATEL, sociedade incorporada pela Impugnante, a real adquirente dos investimentos, mas sim a sociedade portuguesa Portugal Telecom SGPS;
- iii. Que a legislação não cria a distinção introduzida pela Fiscalização entre "investidora real" ou "investidora formal", tampouco veda a utilização de empresas veículo quando, em sua origem, o ágio decorre de efetivo pagamento realizado entre partes independentes em condições normais de mercado.
- iv. Que o auto de infração diverge da jurisprudência do CARF, que entende que a utilização de empresa veículo, por si só, não impede a amortização fiscal do ágio;
- v. Que só há simulação se houver uso de empresas veículo com a finalidade de gerar ágio artificialmente (i.e., o chamado ágio interno), mas não para receber investimentos do exterior e viabilizar a aquisição de participação societária. Inclusive, na espécie, salienta que a Impugnante jamais ocultou do Fisco ou do mercado no geral, que os recursos utilizados pela BRATEL Brasil para concretizar as aquisições e subscrições de capital nas empresas do Grupo Oi eram, de fato, provenientes do exterior;
- vi. Que o efetivo adquirente é aquele que assumiu o ônus jurídico do negócio, sendo, no presente caso, a BRATEL Brasil e não a Portugal Telecom;
- vii. Quanto às cláusulas de assunção de responsabilidade solidária firmadas pela Portugal Telecom SGPS, tratava-se de simples garantias negociais firmadas entre as empresas investidas e a controladora indireta da BRATEL Brasil; e
- viii. Que o raciocínio do Fisco é equivocado até mesmo sob o prisma econômico, visto que a edição da Lei nº 9.532/97 ocorreu no contexto do Plano Nacional de Desestatização – PND – em prol de atrair investimentos estrangeiros para o Brasil.

O Acórdão combatido mantém integralmente os lançamentos de ofício ao ratificar a aceção que não eram possíveis as deduções dos ágios registrados pela Contribuinte, em razão do não cumprimento das condições e requisitos impostos pela legislação em vigor à época dos fatos geradores, notadamente a ausência de confusão patrimonial entre investidor e investida – uso da

empresa-veículo. Citou jurisprudências administrativas das câmaras baixa e alta que ratificam seu posicionamento. Em síntese, utilizou-se das seguintes razões:

- i. Que os requisitos materiais para aplicação dos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97 são:
 - que deve haver o efetivo dispêndio na aquisição da participação societária com expectativa de resultados futuros – conforme observado no presente caso -; e
 - a necessária reunião, numa só entidade, entre o patrimônio que efetivamente realizou o dispêndio e o que vai gerar a rentabilidade esperada (ou o inverso), o que assegura o confronto direto entre a despesa com amortização do ágio e os resultados auferidos – que não se observou no presente caso, posto que foi contornada pela utilização das chamada “empresa veículo”, cuja participação na reestruturação societária almeje apenas cumprir artificialmente os requisitos legais, com o único objetivo de tornar dedutível a despesa com a amortização do ágio;
- ii. Na espécie, constata-se que a empresa BRATEL foi constituída exclusivamente para receber os recursos oriundos do exterior, enviados pela PORTUGAL TELECOM, que foram, de imediato, utilizados para aquisição das participações societárias relacionadas ao Grupo OI; e
- iii. (...) *A BRATEL não realizou qualquer atividade operacional durante o seu período de existência meramente formal, não contratou qualquer empregado, nem registrou qualquer despesa em sua contabilidade, fora a remuneração de dois de seus diretores em alguns meses de 2014 e 2015. (...) Tais elementos evidenciam ter sido a BRATEL mera intermediária entre o investidor de fato e os alienantes das ações, em flagrante desvirtuamento do que prevê a Lei.*

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário em desfavor da Decisão de piso, repisando as alegações meritórias carreadas na fase impugnatória e complementando-as com argumentações e fundamentos em favor de fortalecê-los.

Antes de nos inclinarmos na análise detalhada das questões relacionadas: ao uso da empresa-veículo e à tese do “real adquirente”, sobre os quais as glosas das despesas com amortização dos ágios sinalados se concretizaram, cotejando as argumentações dos litigantes com o jurídico, a doutrina e a jurisprudência administrativa consolidada que abarcam os temas, peço vênha para, em primeiro lugar, expor sobre as condições e requisitos que envolvem a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, que disciplinavam o tema à época dos fatos geradores.

- b) Das Condições e Requisitos que Envolvem a Dedutibilidade das Despesas com Amortização de Ágio, nos termos dos Arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97.

De início, podemos conceituar contabilmente o ágio, antes do advento da Lei 12.973/14, como a diferença entre o custo de aquisição de uma pessoa jurídica e o valor contábil do investimento. Tal **custo é realizado no presente com intuito de gerar um resultado no futuro**. Esse registro visa respeitar o princípio da correspondência entre receita e despesas, que possibilita que a empresa recupere o custo do ágio por meio de sua amortização conforme o resultado futuro se concretize.

Nessa quadra, ao utilizar o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), os efeitos de equivalência patrimonial são anulados pelo registro da despesa de amortização do ágio. Isso implica que o aumento do valor patrimônio líquido (PL) da controlada não ocorre por acréscimo de patrimônio, mas pela recuperação de um custo passado, ajustando as contas relacionadas ao ágio em prol de refletir o valor do investimento.

Destarte, no que toca ao **tratamento contábil do ágio**, trata-se de um ajuste de custo de aquisição de investimentos, considerando que a amortização do ágio reduz o valor do ativo investido e ajusta o PL da controladora. Assim a inclusão do ágio já amortizado no cálculo do custo de aquisição poderia gerar duplicidade e, por isso, apenas o ágio não amortizado deve ser considerado.

Ademais, não podemos deixar de registrar que, por ser um ajuste contábil, a **amortização do ágio é neutra em termos patrimoniais e fiscais, e não deve gerar efeitos tributários enquanto a receita de equivalência patrimonial não for tributada**. Portanto, o valor do ágio amortizado deve ser deduzido do PL e, para fins fiscais, a despesas de amortização do ágio só terá impacto se a receita de equivalência patrimonial for tributada. Aqui peço vênica para colacionar as palavras de Jose Luiz Bulhões Pedreira⁴ que ratificam a sobredita ilação:

Determinação do Lucro Real – As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor do investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido,

⁴ In: _____. Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC. Ed. 1979. pp. 539/540.

impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento. O mesmo ocorre no caso de deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição. (g.n.)

Prosseguindo, no tocante ao tratamento fiscal do ágio, é salutar mencionar que, antes do advento da Lei nº 9.532/97, era regido apenas pelos arts. 20, 25 e 33, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730/79⁵ -

⁵ Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 4º As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

(...)

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (g.n.)

§ 1º A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo somente será computada na determinação do lucro real pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte:

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou

b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 2º As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

(...)

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

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

II - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte;

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

§ 1º Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º Serão computados na determinação do lucro real:

levando-se em conta os fatos aqui guerreados, consideraremos os textos dos artigos mencionados antes de terem suas redações alteradas pela Lei nº 12.973/2014. Em breve resumo, dispunham que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, quer dizer, eram INDEDUTÍVEIS, salvo quando compunha a base de cálculo, à título de custo, para fins de apuração do ganho de capital, quando da alienação ou liquidação do investimento, em coligada ou controlada, avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

O art. 385, do RIR/1999⁶, era basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Os preceptivos preveem que o apontado ágio deve ser alicerçado em pelo menos um dos **três fundamentos econômicos**: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) **expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros**; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Para melhor esclarecimento sobre as espécies de ágio, é engrandecedor citarmos lições de Jose Luiz Bulhões Pedreira⁷:

Como os bens do ativo são registrados na contabilidade pelo custo histórico, é comum que a pessoa jurídica investidora se disponha a pagar pela participação

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

⁶ Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ Op. Cit. pp. 516, 533/534.

societária valor superior ao de patrimônio líquido contábil. Esse ágio é preço pago pelos lucros potenciais contidos em determinados bens do ativo da coligada ou controlada. Nesse caso, o fundamento do ágio deve ser especificado nos comprovantes do desdobramento para que, quando a coligada ou controlada realizar esses lucros, a investidora possa reconhecê-los na escrituração como recuperação de custo, e não como participação em lucro.

--- omissis ---

Ágio é a parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao direito de participar em valores da controlada ou coligada que não se acham registrados na sua escrituração.

Assim, o ágio cujo fundamento é a diferença entre o valor de mercado e o contábil de determinados bens do ativo da afiliada é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar em lucros potenciais, ainda não reconhecidos pela afiliada. O ágio cujo fundamento é o valor de rentabilidade da afiliada superior ao valor de patrimônio líquido contábil é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar nos lucros previstos. O ágio cujo fundamento econômico é fundo de comércio ou marca comercial ou industrial é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar do valor desses intangíveis da afiliada, que não se acham registrados na sua contabilidade.

Sempre que seu fundamento é identificado e quantificado, o ágio deve continuar registrado como elemento do ativo da investidora enquanto existir, na controlada ou coligada, o valor que o justificou, ou seja, que constitui (indiretamente) o objeto da aplicação de capital. À medida em que a afiliada realiza esse valor, a investidora recupera (através da participação nos lucros) o capital aplicado; e se a afiliada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado. (g.n.)

Prosseguindo, ambas as disposições legais, ao afirmarem que o destinatário das regras é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial, segundo o qual as variações nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora, disciplinados, sob o prisma fiscal, nos arts. 387 a 389 do RIR/1999⁸.

⁸Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

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

O art. 389 do RIR/1999 determina que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa, embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora. Caso a investidora tenha registrado ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou. Mas como foi tributada somente na coligada ou controlada, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora.

Conforme já pontuado, repetindo o texto do art. 25, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o art. 391, do RIR/1999⁹, **estabelece que a regra geral é da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora quando avaliado o investimento pelo método de equivalência patrimonial.**

Contudo merece registro que há duas exceções a premissa lógico-jurídica de EXCEPCIONALIDADE do aproveitamento fiscal do ágio. **A primeira é indicada pelo próprio art. 391:** o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999¹⁰, que reproduz o disciplinado no art. 33, do Decreto-Lei nº 1.598/77, e complementa. Repiso, **diz respeito à apuração de ganho ou perda de capital.** Quer dizer, se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação.

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

(...)

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

(...)

⁹ Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

¹⁰ Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

No que tange a primeira exceção, merece transcrever trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹¹:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.

Quanto a segunda exceção, que nos interessa mais diretamente, refere-se a transformações societárias envolvendo pessoas jurídicas, onde uma detém a participação na outra adquirida com ágio, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Nessa toada, com a publicação da Lei nº 9.532/97, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º, com redação dada pela Lei nº 9.718/98¹² - que foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386¹³ (que faz referência expressa a dispositivos do art. 385) -,

¹¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

¹² Art. 7º **A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:**

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

¹³ Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

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

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

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

regulamentados pela Instrução Normativa - IN SRF nº 11, de 10 de fevereiro de 1999 – revogada pela IN RFB nº 1.928/2020 - percebeu-se no mundo jurídico significativas alterações legislativas, nascendo no âmbito tributário a **possibilidade de amortizar o ágio surgido na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tenha sido a expectativa de resultados futuros, da coligada ou controlada, desde que o patrimônio seja absorvido por outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**. Ademais, o art. 8º, da Lei nº 9.532/97, estende a autorização em comento para as situações de **incorporação às avessas**, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Acerca dessa outra forma de aproveitamento do ágio, novamente nos socorremos dos ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹⁴:

Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

--- omissis ---

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

¹⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 473/480.

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.

Nessa linha intelectual, extrai-se das normas supra, que é introduzido no normativo pátrio a segunda exceção à indedutibilidade das amortizações de ágio, autorizando que sejam consideradas na apuração do lucro real, nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão. A referida dedução deveria ser feita com base nos valores registrados na contabilidade, visto que os valores do ágio por rentabilidade futura deveriam ser contabilizados em conta do Ativo Diferido, tornando desnecessário o Lalur como bem esclarece o enunciado do art. 2º, da IN SRF nº 11/99.

Art. 2º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese de que trata esta Instrução Normativa, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica, não se lhes aplicando a norma do parágrafo único do art. 334 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto No 1.041, de 11 de janeiro de 1994 - RIR/94.

Havendo subsunção à previsão supra, ocasião em que a adquirente absorve patrimônio da adquirida, ou vice-versa, as amortizações serão dedutíveis à razão de no máximo um sessenta avos por mês do período de apuração. Este prazo poderá ser superior a sessenta meses, inclusive podendo ser o prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público, consoante enunciado do § 5º, do art. 1º, da IN SRF nº 11/99.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

Pelo exposto, resta hialino que a possibilidade de dedução das amortizações em caso de incorporação é uma exceção à regra da indedutibilidade e, como tal, deve ser interpretada com a devida acuidade, de modo que se aplique somente aos casos que o legislador pretendeu desonerar.

Neste ponto, peço vênia para discordar do entendimento daqueles que defendem que a sinalada dedução trata-se de uma benesse tributária – benefício fiscal - e, por conseguinte, sobre ela recairia o pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações em que há qualquer espécie de renúncia fiscal, expressamente previsto no art. 111 do CTN¹⁵. Tal ilação está alicerçada no fato dos benefícios fiscais, albergados pelo apontado preceptivo, ser concedido com base em características pessoais do Sujeito Passivo que o distingue dos demais, diferente do direito a amortização que não comporta essa distinção dentre os requisitos que possibilitam a dedução.

Para melhor esclarecimento sobre essa questão, apresento excertos do Acórdão nº 1201-006.257, cujo relator foi o Ilustre Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, que traz visão com a qual pactuo:

Aqui cabe uma digressão em relação ao entendimento trazido pela Procuradoria da Fazenda no sentido de que essa antecipação configuraria um benefício fiscal e, portanto, o texto legal deveria ser interpretado literalmente.

*Eu discordo desse entendimento, pois o **benefício fiscal é regra que faz uma distinção entre pessoas que, em princípio, deveriam ser tributadas pelo mesmo critério.** Tal distinção se justifica pela necessidade, por exemplo, de incentivar determinada atividade econômica ou incentivar o desenvolvimento de determinada região geográfica. Saliente-se que essa distinção tem caráter pessoal, razão pela qual exige um reconhecimento expresso por parte do Estado.*

Na lei que autoriza a antecipação da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não há uma distinção entre pessoas, seja pela sua localização, seja pela sua atividade econômica ou por outra característica pessoal. A hipótese legal da referida antecipação é a incorporação entre adquirente e adquirida, caso em que o ágio pago não poderia reduzir o ganho de capital apurado em futura liquidação da participação societária, pois o patrimônio de ambas se funde (confunde) com a incorporação e não há mais como apurar a equivalência patrimonial, necessária para o cálculo do ganho de capital. Para evitar essa possível perda, que desestimula as aquisições entre empresas, a lei criou uma nova hipótese de amortização do ágio, que não depende de uma liquidação do bem adquirido, mas apenas da sua incorporação ao patrimônio da adquirente e vice versa. Entendo que tal medida implementa uma política tributária que estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo, mas não se confunde com um benefício fiscal. Não é coincidência o fato de essa lei (Lei nº 9.532/1997) ter surgido no momento em que o Governo Federal estava realizando um amplo e profundo processo de privatização das empresas estatais,

¹⁵ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

assim necessitando que a iniciativa privada fosse estimulada a adquirir as empresas estatais colocadas à venda. (g.n.)

Nesse diapasão, partindo dos textos normativos – normas legais e infralegais, bem como contábeis - que dispõem sobre a escrituração do ágio e a sua possibilidade de uso como dedução do lucro, e tomando como lições decisões deste Tribunal, tanto da câmara alta como da baixa, alinho-me ao entendimento que devem ser considerados os requisitos materiais, abaixo relacionados, quando da análise das operações societárias que dão origem ao ágio e, por conseguinte, legitimam a sua dedutibilidade:

- i. Avaliação do investimento baseada no Método de Equivalência Patrimonial – MEP, nos termos do art. 248, da Lei das S/A;
- ii. Operações com propósito comercial – Há necessidade da demonstração que a negociação envolveu outros motivos de natureza econômica, além da simples economia tributária. Ou seja, deve ser demonstrada a lógica econômica, a razão comercial que justificou a aquisição de um investimento por valor superior àquele que custou ao alienante e, portanto, deu origem ao ágio, respeitados os princípios da boa-fé e da função social da empresa;
- iii. Comprovação do sacrifício patrimonial – Deve estar comprovado nos autos que houve o efetivo sacrifício patrimonial para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente. Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada – desembolso de valores ou sacrifício de outros ativos à título de investimento - por alguma das pessoas jurídicas participantes da operação (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), cuja prova é robustecida caso demonstrado o auferimento do ganho de capital por parte da vendedora. De outro giro, se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma delas, quer dizer não houve o esperado sacrifício econômico ou financeiro, não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio em questão;
- iv. Confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas adquirente e adquirida – Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelas positivamente multicitadas, a pessoa jurídica que concretamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da adquirente pela adquirida) ou ser incorporada pela adquirida (incorporação "às avessas"). Quer dizer a desoneração é prevista, portanto, exclusivamente para a hipótese em que uma empresa deixa de existir em razão do evento societário. Desse modo, ao compartilharem o mesmo patrimônio, há harmonização das contas entre a investidora e a investida e consolida-se o cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento, baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação

- permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia";
- v. Existência de demonstração que o fundamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura – Nos termos do inciso II, alínea “b”, e § 3º, ambos do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, demanda-se, em favor de corretamente configurar o valor do ágio que pode ser escriturado, que exista, no momento da aquisição, um instrumento – devido a falta de disciplina o contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada – que revele o valor da rentabilidade futura do investimento para fins de formação do ágio e sirva como documentação dessa motivação; e
- vi. Operação deve ser realizada entre partes independentes: Embora nos debruçaremos sobre este requisito com maior profundidade quando tratarmos do ágio interno, partindo da premissa lógico-jurídica de que a dedução das despesas com amortização do ágio é uma exceção, pois a regra é a indedutibilidade, o dispêndio correspondente ao ágio oriundo das operações entre partes relacionadas – “ágio interno” ou “ágio de si mesmo” – é indedutível: primeiro, face não restar evidenciado nesses casos o **princípio arm’s length**, presente em várias normas do sistema jurídico nacional, o qual é exigido para a oponibilidade dos efeitos das operações negociais, notadamente intragrupo, com intuito de impedir artificialidades e abusos; segundo, pelo fato de só haver **preço (custo) pago** e, por consequência, **aquisição**, quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito; e, terceiro, por só haver **ágio por rentabilidade futura** quando um terceiro reconhece esta possibilidade – lucro que se espera vir a ser auferido no futuro - e por ela antecipadamente paga.

Conclui-se da sobredita exposição que, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, é essencial a verificação do pleno preenchimento dos requisitos elencados para que seja legitimada a escrituração do ágio e a dedutibilidade das despesas decorrentes da sua amortização. Dessarte, referenciado neles que vamos alicerçar nossa análise a seguir, no que toca aos pontos fulcrais que justificaram as glosas combatidas: uso de empresa-veículo e a ausência de confusão patrimonial entre “real adquirente” e empresa investida.

c) Do Ágio Resultado de Operação com o Emprego de "Empresa-Veículo"

Inicialmente, ao apreciar a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados com o fito de produzir economia fiscal, é salutar e porque não dizer moralizador, que a Autoridade Fiscal se alicerce em régua talhada com critérios exclusivamente previstos na legislação em vigor, dado ser esta a revelação do interesse público, diretriz maior da Autoridade Pública, em especial a Administração Fazendária. Melhor dizendo, deve-se abster de interesses subjetivos fomentados por motivos pessoais, ideológicos, preconceituosos, crenças religiosas ou teses alienígenas, sob pena de cometer violação aos sagrados princípios da livre iniciativa e estrita

legalidade, que além de norteadores da tributação, constitui-se em valores fundamentais zelados por nossa Carta Magna.

Partindo dessa premissa, o denominado “planejamento tributário” – que não é raro o objetivo ser confundido com ações legítimas em prol da redução da carga tributária (elisão fiscal) – encontra limites na **fraude (ou condutas fraudulentas)** e nas hipóteses de **simulação**. Tal ilação é ratificada pelo próprio Codex Fiscal (art. 149, VII¹⁶), ao prever a revisão de ofício do lançamento nas situações que reste comprovado que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com **dolo, fraude ou simulação**.

Nessa senda, para que prospere a acusação de evasão fiscal ou planejamento tributário abusivo, requer-se que esteja comprovada a FRAUDE, cujo pressuposto é a constatação do dolo, ou caracterizada a SIMULAÇÃO. Neste último caso, em prol da busca pela verdade material, a legislação tributária federal (art. 116, do CTN¹⁷), além de conferir poderes ao Fisco para requalificar atos ou negócios jurídicos simulados (mais precisamente o seu viés, a dissimulação), autorizou que lei ordinária crie outros critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a consubstanciar o ordenamento jurídico com as chamadas normas antielisivas.

Neste ponto, para melhor compreensão e aprofundamento sobre o tema, não podemos olvidar de registrar **que não existe lei antielisiva** que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio, quanto para serem extintas pelas investidas.

Em suma, a simulação ou a fraude se constituem nas figuras que demarcam os limites essenciais à aferição da legitimidade da economia tributária comumente almejada em transações societárias que impliquem no surgimento do ágio. Em outras palavras, caso não reste comprovada a fraude ou caracterizada a simulação (dissimulação), **nos aproximamos da percepção de que existe um propósito comercial e nos afastamos de eventuais alegações de abuso**, permitindo-nos deduzir que estamos diante de um planejamento tributário inoponível ao Fisco - hipótese de elisão fiscal - cuja juridicidade encontra albergue nos princípios da livre iniciativa e legalidade.

¹⁶ Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...)

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

¹⁷ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Ao nos debruçarmos especificamente na interpretação do que seja simulação (ou seu viés dissimulação), nos deparamos com as dificuldades de sua conceituação. Tal dedução deve ser uma das razões que levaram Marco Aurélio Greco¹⁸ a afirmar “*que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado*”.

Inclusive, segundo professor Sérgio André Rocha¹⁹, só a análise da situação concreta permitirá revelar se houve ou não ato ou negócio simulado:

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

Dessarte, diante da complexidade que envolve a definição do conceito de simulação, sem qualquer pretensão de exaurir a questão, permito-me valer dos fundamentos aduzidos pelo ilustre Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, no Acórdão nº 9101-006.486, os quais adoto:

Com efeito, a grande dificuldade do intérprete autêntico é a de livrar-se do apriorismo conceitual acerca da definição do conceito de “simulação”, que não necessariamente pressupõe uma “vontade consciente” (dolosa) de enganar terceiros, podendo se fazer presente também quando ausente a intenção consciente de mentir. Senão, vejamos:

A simulação pode comparar-se a um fantasma, a dissimulação a uma máscara. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara²⁰, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular²¹.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, ainda conferindo enfoque subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma declaração

¹⁸Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

¹⁹Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

²⁰A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

²¹Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

dirigida ao público e uma contradecaração para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a contradecaração não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade²².

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

Francesco Carnelutti²³ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à inadequação da causa, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos efeitos jurídicos.

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

Na visão de Orlando Gomes²⁴, não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato.

Segundo Emílio Betti²⁵, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação (objetivamente considerada, portanto).

Para Heleno Tavares Torres²⁶:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma

²² Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

²³ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

²⁴ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

²⁵ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

²⁶ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142

causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Segundo seu magistério²⁷:

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

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de Andrade Júnior²⁸. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula.²⁹

Quanto à classificação da simulação pelo fim a que ela se presta, há uma certa convergência na doutrina. Assim, se é a própria simulação a relação jurídica estabelecida entre as partes, fala-se em simulação absoluta. Caso, porém, se tem por finalidade a celebração de um negócio para acobertar um outro típico, fala-se em simulação relativa.

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

²⁸ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

²⁹ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a "simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico".

Na simulação absoluta, então, as partes criam um ato ou negócio que não é verdadeiro, produzindo, em prol de interesses particulares, uma ilusão aos olhos de quem vê. Já na simulação relativa diz-se que as partes celebram um negócio – o simulado - para encobrir outro – o dissimulado.

Reveladas as características, enfoques e limitações das teorias voluntarista, declarativista e causalistas que se propõem a conceituar ato ou negócio simulado, como também a classificação da simulação pelo fim a que se destina – absoluta e relativa -, é construtivo visualizar a simulação sob o prisma do direito positivo.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 inseriu a simulação no capítulo “Da Invalidez do Negócio Jurídico”, passando a ser causa de nulidade do negócio jurídico, nos termos do art. 167, *in verbis*:

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

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

É mister destacar que, através do sinalado preceptivo, o legislador civilista integrou a simulação ao sistema normativo nacional, particularmente o de natureza tributária, aglutinando duas teorias: a voluntarista e a causalista. Embora não tenha enunciado ao mundo jurídico uma definição do que seja simulação, no primeiro parágrafo evidencia três hipóteses de sua ocorrência, classificadas por Luiz Carlos de Andrade Júnior³⁰ como: simulação subjetiva (§ 1º, I); simulação objetiva (§ 1º, II); e simulação de data (§ 1º, III).

Nessa linha cognitiva, a simulação resta caracterizada no que toca a primeira hipótese (§1º, inciso I), quando se constata a interposição fraudulenta ou fictícia, ou seja, quando o interposto figura como “laranja”, “testa de ferro”, “empresa de prateleira” ou “empresa de fachada”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado. No caso da segunda (§ 1º, inciso II), ocorre quando verificamos declaração não verdadeira emitida pelas partes seja de forma consciente, isto é, com emprego de conduta dolosa ou fraudulenta; ou inconsciente (culposa), na hipótese do Sujeito Passivo se valer de tipos ou institutos jurídicos que não atendam sua causa ou finalidade. Por fim, no que tange a terceira (§ 1º, inciso III), detecta-se quando o aspecto temporal do negócio é aparente, isto é simulado para o passado (antedatado) ou para o futuro (pós-datado).

Outrossim, repiso, considerando que a simulação se trata de um instituto limitador, juntamente com a fraude, de planejamentos tributários, ao interpretarmos a multicitada

³⁰ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

positivação, permite-nos inferir que ao Fisco foi autorizado negar a eficácia de atos e negócios jurídicos simulados, e, por conseguinte, requalificar juridicamente os fatos declarados, contanto que comprove a existência de: a) interposição fictícia ou fraudulenta de pessoas; ou b) uma mentira consciente ou que há descompasso entre o ato/negócio praticado e a sua respectiva finalidade jurídica.

Com efeito, em cada situação fática, **cabe a Autoridade Fiscal evidenciar as circunstâncias e carrear os autos de elementos probatórios convincentes de que esta perante a uma situação em que foi adotada uma estrutura simulada como meio de gerar economia tributária.** Ou melhor, devem ser reunidos indícios substanciais e precisos que permitam o convencimento da existência de simulação apta a justificar a requalificação jurídica dos atos/negócios formalizados.

Transportando todas as considerações para o tema à epígrafe, é plausível obtermos respostas para alguns questionamentos. Primeiro, poderia, aos olhos jurídicos, a empresa *holding* – empresa-veículo - receber recursos de controladora, localizada no país ou no exterior, para adquirir empresas alvos (investidas) com ágio e, em seguida, ser extinta por incorporação? A empresa-veículo assim interposta possui causa jurídica? O Direito permite que uma empresa não operacional tenha pouca direção ou como única finalidade criar as condições para o aproveitamento fiscal do ágio?

No meu sentir, todas as respostas são positivas.

Ora, as comumente apeladas empresas-veículo, são as *holdings*, sociedades que têm por característica essencial e objeto principal justamente a participação em outras empresas – em vez de atividade produtiva ou comercial -, inclusive pode ser criada com o fulcro de beneficiar-se de incentivos fiscais – embora, conforme entendimento exposto no tópico anterior, não é o caso do ágio -, em perfeita congruência com o preceituado no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76³¹. Nessa linha, basta como prova da sua existência e do seu objeto social a apresentação do ato constitutivo, inscrição perante o Fisco e declarações dos sócios, quer dizer é dispensável a existência de estrutura física e de pessoal para operarem com autonomia.

No que diz respeito à duração de uma *holding*, mormente varia de acordo com interesse das partes e é cristalina a liberdade concedida por nosso Codex Civil para definição da sua duração e finalidade. À título de exemplo, destacamos o parágrafo único do art. 981³² – que disciplina a Sociedade de Propósito Específico (SPE) – “a atividade pode restringir-se à realização

³¹ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

(...)

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

³² Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

de um ou mais negócios determinados”. Ou o art. 997³³, o qual estabelece que as cláusulas constantes dos atos constitutivos das empresas devem conter, além de cláusulas estipuladas pelas partes, a “denominação, objeto, sede e prazo da sociedade”.

Em resumo, observa-se que, no espectro jurídico, não há qualquer restrição no tocante à validade ou eficácia de existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração; de ser o capital social ínfimo ou robusto; e de ter objeto vinculado a operações mercantis, de prestação de serviço, produtivas, ou que sirvam como canais de investimento. A determinação dos fins sociais e econômicos encontra-se na seara de decisão dos sócios de empreender e buscar maximizar os resultados da empresa, claro sempre respeitando os limites legais.

A sobredita aceção está em consonância com a jurisprudência administrativa prevalente do CARF, especialmente na Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, conforme ementas abaixo transcritas:

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. (Acórdão nº 9101-006.486, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 07/03/2023)

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma disposta de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não

³³ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

(...)

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor. (Acórdão nº 9101-006.287, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 13/09/2022)

ÀGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. EMPRESA VEÍCULO. REAL ADQUIRENTE.

A simples acusação de que se interpôs uma “empresa-veículo” na operação, divorciada da imputação de atos que caracterizem fraude ou prática de atos não verdadeiros, não é suficiente para dar ensejo à requalificação dos atos para fins tributários (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF). (Acórdão nº 9101-006.049, CSRF/ 1ª Turma, sessão de 04/04/2022)

Com efeito, restou hialino que a própria legislação tipifica uma “*holding pura com fins específicos*” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe tipicidade e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive, repito, para fins de economia tributária. Logo, **não há impedimento em admitir o uso de uma *holding* para servir de veículo em benefício de provocar a baixa de um investimento com o consequente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio**, salvo se resultar constatado que se tratou de uma estrutura fraudulenta ou simulada.

d) Da Ausência de Confusão Patrimonial entre “Real Investidor” e Investida.

Conforme relatamos, o Fisco e o Aresto Recorrido, além de questionarem a dedutibilidade com base na tese da ilegitimidade de empresa veículo, também invocaram como fundamento da glosa a ausência de confusão patrimonial entre real investidora e investida, um dos requisitos legais extraídos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, para legitimar a dedução fiscal sob julgo.

Em síntese, o racional aplicado, sob o ponto de vista econômico, é o seguinte: considerando (a) que os recursos utilizados na constituição do capital social da *holding*, empregados por ela para pagamento do preço das aquisições societárias, foi transferido por sua controladora, esta sociedade, e não a empresa veículo, é que figuraria como **real adquirente**; e (b) que a norma fiscal vigente à época dos fatos geradores (artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997) condiciona a dedução fiscal do ágio à confusão patrimonial entre **a real adquirente e a investida (adquirida)**. Assim, concluem que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Por tudo que foi exaurido nos tópicos anteriores, tal silogismo só deve prosperar em situações que restem comprovadas a ocorrência de fraude ou simulação, o que possibilitaria, no último caso, desqualificar as empresas *holdings*. Essa inteligência é respaldada pelos seguintes detalhes de grande relevância: a) a constituição de empresas *holdings* para viabilizar investimentos encontra amparo legal; b) nesses casos não há que se falar em simulação por interposição de pessoas, ainda que taxadas de meras empresas veículos; e c) a origem ou fluxo dos

recursos não se conforma em requisito para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Malgrado a deficiência terminológica do termo “*real adquirente*”³⁴, carece a tese de base legal. Veja-se o *caput* do art. 7ª, da Lei nº 9.532/97, autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual **detenha** participação societária adquirida com ágio ou deságio*”. Ora o destinatário da apontada norma é aquele que DETÉM o investimento adquirido com ágio - ou a adquirida quando da incorporação reversa -, quer dizer o foco está no verbo DETER que revela algo passageiro, totalmente dissociado da fonte de recursos empregados na aquisição da *holding*.

Ademais, além da utilização pela lei da expressão “*na qual detenha participação societária adquirida*”, denota-se que o legislador intencionalmente não quis limitar a dedução ao supridor dos recursos utilizados na aquisição do investimento com ágio, ante a previsão expressa da possibilidade de ser realizada a incorporação reversa (cf. art. 8ª, da Lei nº9.532/97).

Em prol de robustecer a supradita acepção, é salutar carrear aos autos decisões da 1ª Turma da CSRF que consolidam entendimento contrário à tese do real adquirente, conforme ementas abaixo transcritas:

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE HOLDING. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA.

Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir

³⁴ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”. A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225). *É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).*

do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF. (Ac. 9101-006.362. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 08/11/2022).

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

A tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada "real investidora" a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição não encontra respaldo na legislação em vigor. A menos que houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como "real adquirente", em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço. (Ac. 9101-006.374. Rel. Cons. Livia De Carli Germano. Sessão de 09/11/2022).

Por certo, corroborar com o racional de que o referido direito à dedução fiscal dos ágios seria do investidor (controlador nacional ou estrangeiro), focado na origem dos recursos, indiscutivelmente estaríamos colocando o intérprete na posição de Legislador, permitindo-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que é insustentável juridicamente.

Ainda que o aproveitamento fiscal do ágio passe da pessoa que sofreu o ônus econômico do investimento para uma outra empresa, inclusive a própria investida quando da incorporação reversa, isso não enseja a perda do direito tal como foi positivado.

A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

Nesse racional, é inquestionável que o fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não se constitui em requisito ou condição para legitimar a dedução da despesa oriunda da amortização do ágio, mas, notadamente, a validade e eficácia dos negócios praticados que deram origem ao ágio que definem as consequências no plano jurídico.

Ademais, como bem ressaltou a Defesa, seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à origem dos recursos utilizados na compra conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que inclusive deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma ficção jurídica, afinal no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Como diria Carlos Maximiliano³⁵, *a interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei.*

Por tudo exposto, resta cristalino que **a tese do real adquirente ou ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida não tem o condão de afastar o direito da recorrente de aproveitar fiscalmente o ágio ora em debate, razão pela qual não pode ser acatada.**

e) Da Análise dos Ágios Amortizados pela OI S/A

Consoante entendimentos externados relacionados aos temas: uso de empresa-veículo e real adquirente, **entendo que não merecem prosperar as glosas das despesas relativas aos ágios à epígrafe, e pugno pela reforma da decisão de piso** pelos seguintes motivos.

Inicialmente, impende registrar que deve permear toda a nossa análise a premissa de que não foi suscitada pelas Autoridades Fiscais qualquer outra mácula quanto aos procedimentos de formação dos ágios apreciados, nos âmbitos societário e civil, passível de caracterizar fraude ou simulação quando das suas formações, salvo, o que classificou como **fraude contra a Fazenda Nacional**, o fato da empresa BRATEL ter sido utilizada como **empresa veículo** exclusivamente para viabilizar a aquisição de participações societárias, sem que houvesse um propósito negocial para justificar a circulação de recursos nesta empresa, a não ser a dedução do ágio no resultado fiscal da Fiscalizada.

Quer dizer, para o Fisco, não restaram dúvidas de que foi efetivamente pago pela BRATEL um preço pelas aquisições de participações societárias nas empresas do Grupo Oi – partes não relacionadas - que era formado não só pelo valor patrimonial das mesmas -; e também não questiona o fato de que a BRATEL foi legitimamente incorporada pela Telemar Participações S/A e esta última pela Impugnante.

Ademais, como bem sublinhou a Defesa, não se aplica à espécie as disposições da Lei 12.973/14, (...) *visto que as aquisições de participação societária que gerou o ágio ocorreram nos três primeiros meses de 2011 e a incorporação que autorizou a sua amortização para fins fiscais ocorreu em 2015.* Logo, por força do disposto no art. 65³⁶, do apontado normativo, aplica-se

³⁵ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. 1984. P. 103.

³⁶ Art. 65. As disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 35 e 37 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, continuam a ser aplicadas somente às operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014.

Parágrafo único. No caso de aquisições de participações societárias que dependam da aprovação de órgãos reguladores e fiscalizadores para a sua efetivação, o prazo para incorporação de que trata o caput poderá ser até 12 (doze) meses da data da aprovação da operação.

na espécie as disposições contidas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

De outro giro, ao apreciarmos a origem dos ágios relacionados, extrai-se do detalhamento das suas formações que foram satisfeitas todas condições e requisitos exigidos para legitimar a almejada dedutibilidade das despesas com suas amortizações. Vejamos.

De imediato, partindo dos requisitos materiais, destacados neste voto, essenciais a legitimar a dedutibilidade da amortização do ágio e do que não foi refutado pela Autoridade Fiscal na espécie, **dois requisitos foram atendidos**: i) há comprovação do **sacrifício patrimonial**; e ii) a operação foi realizada entre **partes independentes**.

No que diz respeito ao **fundamento do ágio** sob julgo, igualmente um terceiro requisito foi verificado, uma vez que se constata nos autos, em 28/04/2011, que foram emitidos Laudos de Avaliação com projeções de **rentabilidade futura**, conforme se resume no quadro abaixo.

Investida	Participação Adquirida	PL Investida	Valor Pago	Desdobramento PL	Desdobramento Ágio/Deságio
PASA	35,0000%	1.141.218.301,71	1.582.142.516,70	399.426.405,60	1.182.716.111,10
EDSP	35,0000%	1.033.829.122,52	1.582.142.516,70	361.840.192,88	1.220.302.323,82
TMAR PART	12,0695%	1.477.900.120,42	1.909.880.557,54	178.375.155,03	1.731.505.402,51
TNL PART	10,4927%	13.585.526.224,53	1.599.999.988,73	1.425.488.510,16	174.511.478,57
TELEMAR	9,4390%	20.618.681.020,02	1.646.834.329,14	1.946.197.301,48	-299.362.972,34

No que toca à existência de **propósito negocial**, consta do TVF, às fls. 3626/3710, os Contratos de Compra e Venda e de Subscrição de Ações firmados entre a BRATEL e empresas do grupo Oi e seus acionistas controladores, conforme anexos XII, XIII, XIV e XV, envolvendo as empresas PASA, EDSP, TMAR PART, TNL PART, TELEMAR, onde em todos resta demonstrado os motivos de natureza econômica – razão negocial - que envolveu a negociação, consoante excerto abaixo:

“(ii) O objetivo da Operação é desenvolver um projeto luso-brasileiro de telecomunicações de projeção global que permita, por meio de uma aliança industrial, a cooperação em diversas áreas logrando partilhar das melhores práticas, alcançar benefícios de escala, potencializar iniciativas de Pesquisa & Desenvolvimento, ampliar a presença internacional, notadamente na América Latina e África, diversificar os serviços, maximizar sinergias e reduzir custos buscando sempre a oferta de melhores serviços, o atendimento aos clientes de ambos os grupos e a criação de valor para os seus acionistas;”

Por fim e não menos importante, no que tange à necessária **confusão patrimonial**, que, sob a ótica do Fisco, não se verificou pois não se efetivou entre a pessoa jurídica “real investidora” – Portugal Telecom SGPS S/A (PT SGPS) - e investida – empresas do Grupo Oi -, já que

a incorporada – Bratel Brasil S/A (BRATEL), subsidiária brasileira da operadora portuguesa - se constituía em empresa-veículo, razão principal das glosas das despesas correspondentes, ratificadas pela decisão de piso, com a devida vênia, entendo que se trata de uma interpretação equivocada das referenciadas autoridades, diante do que exaurimos neste voto, dado que:

- ✓ compulsando os autos, sobeja cristalina a inferência de que a empresa BRATEL se tratava de autêntica *holding*, regularmente constituída de acordo com a leis brasileiras, que recebeu recursos da PT SGPS para adquirir, com ágio, expressiva participação em empresas que controlavam as operações do Grupo Oi, especialmente EDSP75 Participações (EDSP), Pasa Participações S.A. (PASA), Tele Norte Leste Participações S.A. (TNL PART) e Telemar Participações (TMAR PART), que depois viria a absorver o patrimônio de investidas e ser incorporada – de forma reversa - por outra investida a TMAR PART, que foi incorporada pela Recorrente. Logo, por estar albergada legalmente, não há que se falar em simulação por interposição de pessoas, ainda que taxada de mera empresa veículo, quando é utilizada em benefício de provocar a baixa de um investimento com o consequente gatilho para deduzir fiscalmente o ágio;
- ✓ em relação a essa espécie de sociedade, demonstrou-se que, no ambiente de aquisições societárias, sob o prisma jurídico, não há limitações, no tocante à validade ou eficácia, relacionadas: à duração; ao tamanho do capital social; e dela **servir como canal ou veículo de investimento**. Em suma, desde que respeitados os limites legais, como demonstrado na espécie, trata-se de definições que se encontram no espectro de decisão exclusivo dos sócios em prol de empreender e buscar maximizar os resultados da empresa;
- ✓ despidianda a ressalva do Agente Fiscal de que nos contratos de subscrição/compra e venda de ações respectivos, a BRATEL é sempre denominada "Portugal Telecom"- pelos documentos carreados aos autos, observa-se que se trata de nome de fantasia -, tampouco o registro que sua controladora a PT SGPS consta como interveniente anuente em todos esses documentos, além de responsável solidária pelas obrigações assumidas pela sinalada subsidiária brasileira;
- ✓ a propagada tese da “real investidora”, além de carecer de base legal, só se admite que prospere, caso, em um ambiente negocial, se constate fraude ou caracterize uma hipótese de simulação, o que permitiria a desqualificação pela Autoridade Fiscal da empresa *holding*. Ora, tal situação não percebemos na espécie, uma vez que a Fiscalização simplesmente desconsidera o ato de constituição da BRATEL e os negócios jurídicos por ela praticados, sem sequer sustentar que sejam simulados ou maculados por alguma patologia jurídica, salvo por se tratar de empresa-veículo que, repiso, não há que se falar em simulação de empresa de fachada; e
- ✓ conforme amplamente desgastado neste voto, a origem ou fluxo dos recursos não se constitui em requisito para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Nessa senda, diante de tudo que foi comprovado e apreciado neste voto relacionado à aquisição pela BRATEL de participação em empresas que controlavam as operações do Grupo Oi S/A, bem como tendo a própria lei reguladora permitido a **incorporação reversa** para fins de amortização da despesa glosada, entendo que a forma utilizada pela Recorrente para a realização das transações encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Isto posto, **oriento meu voto no sentido de que seja reformado o acórdão combatido para exonerar as glosas das despesas, no ano-calendário de 2017, com amortizações dos ágios.**

Da Multa de Ofício Qualificada

Apesar do lançamento de ofício combatido ter tido como consequência o ajustamento dos valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL do período, por conseguinte, não ter existido efetivamente crédito tributário, seja de IRPJ ou de CSLL, constituído e valor a ser exigido à título de multa de ofício sobre o valor principal, o Agente Fiscal, equivocadamente, qualificou a pretensa penalidade aplicada, baseando-se na tese de que, com a constatação de interposição de “empresa veículo”, restou caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco. A decisão de piso corroborou com a sobredita ilação.

A Defesa, indignada, combateu apresentando vários pleitos, dos quais destacamos:

- i. A mera utilização de empresa-veículo, por si só, não caracteriza fraude que justifique a aplicação da multa qualificada, especialmente quando a fiscalização não é capaz de demonstrar o “evidente intuito de dolo” ou qualquer prática de simulação;
- ii. houve alteração do critério jurídico, repelido pelo art. 146, do CTN, entre estes autos de infração e os lavrados constante do processo administrativo fiscal nº 17227.720342/2022-10, cujos motivos são idênticos diferindo apenas no ano-calendário; e
- iii. requer aplicação da retroatividade benigna, nos termos do art. 106, II, alínea “c”, do CTN, dada a superveniência da Lei nº 14.689/2023 que reduziu o percentual para 100%.

Com a devida vênia, por tudo exposto, **deixo de apreciá-los por total carência de objeto.**

Dos Lançamentos Reflexos de CSLL

Quanto ao Auto de Infração de CSLL, decorrente das mesmas matérias fáticas descritas no Auto de Infração do IRPJ, em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado, *mutatis mutandis*, o que foi decidido para o Auto de Infração principal, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, oriento meu voto no sentido de CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO e DAR-LHE PROVIMENTO, para, no mérito, restabelecer a dedução das despesas com a amortização antecipada de ágio e cancelar as exigências decorrentes de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL indevidamente compensados, relacionadas às despesas restabelecidas.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho