



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

**Processo n°** 19515.723053/2012-72  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9101-002.592 – 1ª Turma  
**Sessão de** 14 de março de 2017  
**Matéria** IRPJ - GLOSA DE DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** NACIONAL MINÉRIOS S/A

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

**PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.**

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

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

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

**DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.**

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

**DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.**

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

**CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.**

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

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

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

**CSLL. DECORRÊNCIA.**

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

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE E MÉRITO. ETAPAS DISTINTAS. MOMENTO DE APRECIÇÃO DE PRELIMINAR.**

O mérito do recurso especial, e eventual nulidade, só podem ser apreciados caso seja superado o exame de admissibilidade, primeira etapa e estreito filtro processual. Caso não seja demonstrada divergência na interpretação da legislação tributária nos termos do regimento interno, consolida-se coisa julgada administrativa, fazendo com que não seja possível reconhecer a nulidade de ofício durante a etapa do exame de admissibilidade. Por sua vez, superando-se a primeira etapa, passa-se ao exame do mérito e eventuais preliminares, quando se aplica o direito, em que o julgador tem plena liberdade de firmar sua convicção e não fica restrito aos fundamentos das partes, tanto que pode, ao identificar a situação de vício insanável, reconhecer eventual nulidade ou aplicar entendimento sumular.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e em rejeitar a arguição de inépcia do recurso, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram do recurso e acolheram a inépcia como preliminar. No mérito, acordam, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento parcial a fim de que a autuação fiscal seja restabelecida, com retorno dos autos à Unidade de Origem para analisar as matérias não apreciadas no Acórdão nº 16-47.176, de 29/05/2013, da 1ª Turma da DRJ/SP1, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Solicitaram apresentar declaração de voto os conselheiros Cristiane Silva Costa e Rafael Vidal de Araújo.

*(assinado digitalmente)*

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN (e-fls. 5941/5959) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1401-001.240 (e-fls. 5899/5938), pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 26/08/2014, no qual foi negado provimento ao recurso de ofício.

### **Resumo Processual**

A autuação fiscal tratou de (1) glosa de amortização do ágio e (2) qualificação da multa de ofício.

A primeira instância (DRJ) julgou a impugnação procedente, e em razão do montante de crédito tributário exonerado, foi efetuada remessa necessária (recurso de ofício).

A segunda instância (1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção) manteve a decisão da DRJ e julgou o recurso de ofício improcedente.

A PGFN interpôs recurso especial e a contribuinte apresentou contrarrazões. O recurso foi admitido por despacho de exame de admissibilidade.

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal e a fase contenciosa.

### **Da Autuação Fiscal**

O Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 5076/5103) discorre sobre operações empreendidas pelas pessoas jurídicas NACIONAL MINÉRIOS S/A ("NAMISA"), COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL ("CSN") e BIG JUMP ENERGY PARTICIPAÇÕES S/A ("BIG JUMP").

Relata a autoridade autuante que a CSN comunicou a concretização de parceria estratégica com investidores japoneses (grupo "BRAZIL JAPAN IRON") e coreanos (grupo "POSCO"), que adquiriram o capital da sua subsidiária, NAMISA, por US\$ 3,12 milhões. A operação deu-se na seguinte ordem cronológica:

1º) A CSN, que controlava a NAMISA (99,99%), criou a empresa BIG JUMP;

2º) a BIG JUMP recebeu em 30/12/2008 o valor de R\$7,40 bilhões das empresas BRAZIL JAPAN IRON e POSCO;

3º) no mesmo dia, a BIG JUMP repassou R\$86,56 milhões para a CSN, a título de compra de 0,7907% do capital da NAMISA, e repassou R\$7,28 bilhões para a NAMISA, a título de capitalização da empresa;

4º) parcela do preço correspondente a R\$4.093.701.875,14 foi registrada pela BIG JUMP como ágio fundamentado em rentabilidade futura, amparado em laudo, decorrente da aquisição com sobrepreço de participação de 40% da participação societária da NAMISA;

5º) no mesmo dia, a NAMISA transferiu os R\$7,28 bilhões para a CSN, a título de "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação";

6º) em 30/07/2009, a NAMISA incorporou a BIG JUMP;

7º) a NAMISA passou a amortizar despesa de amortização de ágio.

Discorreu ainda a Fiscalização que teria havido simulação na constituição da BIG JUMP, vez que nunca teria existido de fato, vez que não tinha endereço ficto e não possuía capacidade operacional, tendo enquadrado a empresa como "pessoa jurídica inexistente de fato", com base no art. 41 da IN RFB nº 748, de 2007.

Concluiu a autoridade fiscal:

*6. Após elaborar todos os documentos para incorporação da BIG JUMP, empresa cuja existência foi simulada, a NAMISA, ao longo dos anos 2009, 2010 e 2011, reduziu, em centenas de milhões de reais, seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL, a título de dedução de despesas de amortização do ágio irregularmente constituído pela BIG JUMP.*

A multa de ofício foi qualificada (150%):

3. *Conduta do sujeito passivo: Todos os documentos societários e contratos que envolveram a BIG JUMP, documentos assinados por várias pessoas, indicam para ela um endereço que nunca existiu. Ou seja, fazem parte de um engenhoso mecanismo de simulação praticado com o envolvimento de mais de duas pessoas para intencionalmente reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos pela CSN e pela NAMISA.*

4. *Consciência de conduta ilícita: As pessoas que assinaram os documentos societários da BIG JUMP tinham consciência de que fizeram declarações não verdadeiras nesses documentos, pois neles informaram ter realizado reuniões em endereço inexistente. Da mesma forma, dirigentes da CSN e da NAMISA declararam em diversos documentos que iriam fazer a venda de 40% do capital da mineradora, demonstrando saber que não se tratava da venda de apenas 0,7907% do capital de sua controlada, como, depois de efetivar a operação, declararam à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Esses mesmos dirigentes também sabiam, portanto, que o ágio gerado na contabilidade da BIG JUMP era irregular, não podendo ser utilizado para reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da NAMISA nos anos subsequentes.*

5. *Resultado produzido: a simulação praticada efetivamente reduziu irregularmente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da CSN, no quarto trimestre de 2008, e da NAMISA nos anos-calandário 2009, 2010 e 2011, com a decorrente redução do montante dos tributos e contribuições recolhidos pelas duas empresas.*

6. *Conclusão: a conduta das contribuintes, que envolveu atos praticados intencionalmente por várias pessoas, enquadra-se perfeitamente nos tipos descritos nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Consequentemente, as infrações apuradas foram penalizadas com a multa qualificada de 150%.*

Foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL para os anos-calandário de 2009, 2010 e 2011.

### **Da Fase Contenciosa**

A contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 5228 e segs.), que foi julgada **improcedente** pela 1ª Turma da DRJ/São Paulo I, nos termos do Acórdão nº 16-47.176 (e-fls. 5710 e segs.), conforme ementa a seguir.

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

*Data do fato gerador: 30/09/2009, 31/12/2009, 31/12/2010, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/09/2011, 31/12/2011*

*AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A FORMA JURÍDICA DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. CARACTERIZAÇÃO. RECHAÇO DA IMPUTAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. ÁGIO. “EMPRESA VEÍCULO”. NÃO*

*COMPROVAÇÃO DE ELEMENTO CONDUCENTE À  
SIMULAÇÃO, FRAUDE, OU ABUSO DE DIREITO.  
POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO ÁGIO.*

*Se (i) aquisição de participação societária na pessoa jurídica A (impugnante nos autos sob nº 19515.723053/2012-72)houve, mas sob as vestes de subscrição/aumento de capital por parte de pessoa jurídica B; se (ii) dita pessoa jurídica (B), observada a densidade de sua concretude negocial/operativa, à testa de muitos (desde entes privados a até entes governamentais, que dela receberam influxos de sua própria vida), não pode ser tomada como peça engendradora a produzir o falso, a escamotear o real; se (iii), enfim, sob tais balizas, a pessoa jurídica A (controlada) e a pessoa jurídica C (impugnante nos autos sob nº 19515.723039/201279; controladora de A), e mais sete atores estrangeiros, partes independentes entre si, no espaço do princípio da autonomia de vontades, firmam contratos (de fornecimento de minério de ferro e prestação de serviços de porto) que, de per si considerados, e até então executados, merecem fé; se tudo assim consta dos autos sob atenção, não há espaço para a caracterização da simulação, da fraude, do abuso de direito, ou qualquer outra figura de estraneidade ao direito que possa vingar sobre os Contribuintes A ou C aqui considerados. Afastadas, pois, a imputação de ganho de capital contra a pessoa jurídica C, bem que a glosa de amortização de despesa de ágio contra a pessoa jurídica A, tudo ao limite do que presentemente investigado.*

Em razão de o crédito tributário exonerado ter ultrapassado o limite de alçada, foi efetuada remessa necessária. A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção negou provimento ao recurso de ofício, nos termos do Acórdão nº 1401-001.240 (e-fls. 5899/5938):

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

*Ano-calendário: 2008*

*ÁGIO GERADO A PARTIR DO AUMENTO E  
INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE EMPRESA NO BRASIL.  
INVESTIDOR ESTRANGEIRO. EMPRESA VEÍCULO DE  
INVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO, FRAUDE OU  
ABUSO DE DIREITO.*

*Quando um grupo de investidores estrangeiros consolida os investimentos em uma sociedade holding no Brasil para, a partir dela, promover os investimentos que pretende no país, o ágio gerado a partir dessa operação é real, não havendo que se falar em simulação por inexistência de referida holding. O ágio consolidado na holding, que posteriormente é incorporada pela empresa investida, é passível de dedução nos termos da lei.*

*FRAUDE. SOCIEDADE HOLDING. ESTRUTURA  
OPERACIONAL.*

*Não revela falta de capacidade operacional a ausência de estrutura, com conta de luz, água e telefone, para a sociedade que tem por objeto a atividade de holding, uma vez que o seu objeto social é o gerenciamento de investimentos em outras sociedades, o que não demanda, a princípio, estruturas normais às sociedades industriais e comerciais.*

**DELIMITAÇÃO DA LIDE. INOVAÇÃO JURÍDICA DO LANÇAMENTO.**

*O lançamento, enquanto ato administrativo que formaliza o crédito tributário, pode ser revisto durante o processo administrativo que o questiona, nos limites dos fundamentos em que foi lavrado. Não é possível, em sede recursal, inovar os fundamentos jurídicos que sustentam o lançamento.*

A PGFN interpôs recurso especial (e-fls. 5941/5959), discorrendo sobre o art. 386 do RIR/99 e que o ágio sempre deve ter como origem um propósito negocial, aquisição de investimento, e um substrato econômico, transação comercial. Assim, somente registros escriturais não seriam suficientes para lastrear a despesa, entendimento que seria corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Sobre o caso concreto, entende que o ágio amortizado pela NAMISA foi criado artificialmente, que as empresas que formam o consórcio estrangeiro que foram as reais adquirentes das ações da NAMISA, e que por isso não ocorreu a confusão patrimonial entre investida e investidora.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 5962/5967 deu seguimento ao recurso.

Foram apresentadas contrarrazões pelo contribuinte (e-fls. 5974 e segs). Discorre que, como a PGFN, que não teria se insurgido contra a qualificação da multa de ofício, a matéria não poderia ser objeto de apreciação do recurso especial. Em seguida, protesta pela inépcia do recurso especial, que estaria se valendo de argumentos que não foram suscitados no TVF, vez que a acusação fiscal teria se restringido à inexistência de fato da BIG JUMP, enquanto que a PGFN pretende restabelecer o lançamento valendo-se de alegação diversa, qual seja, de que as reais adquirentes das ações da NAMISA seriam as empresas que formavam o capital estrangeiro e que a BIG JUMP seria uma "ponte" para concretizar a operação. Ou seja, estaria a PGFN incorrendo em inovação jurídica do lançamento. A seguir, entende que o recurso não poderia ser conhecido, por falta de demonstração analítica da divergência, por inconsistência no despacho de admissibilidade e pela ausência de similitude fática entre decisão recorrida e paradigma. No mérito, discorre que o ágio efetivamente existiu, que houve propósito negocial, que as partes envolvidas na operação eram independentes, que ocorreu efetivo dispêndio econômico, que as alegações da PGFN não foram acatadas pela turma recorrida porque implicariam em inovação do lançamento, que a BIG JUMP efetivamente existiu e teve finalidade, situação reconhecida tanto pela DRJ quanto pela turma ordinária do CARF. Ao final, discorre que, caso seja dado provimento ao recurso, que a matéria seja devolvida para a turma *a quo* apreciar a matéria "juros de mora sobre multa de ofício".

É o relatório.

## Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

A princípio, cumpre um registro, que apresento nas linhas seguintes, em razão dos intensos e saudáveis debates na sessão de julgamento, que inclusive ensejaram o pedido de declaração de voto da i. Conselheira Cristiane Silva Costa.

Na sustentação oral, tomou-se considerável tempo na arguição da inépcia do recurso especial da PGFN.

Discorreu o patrono da Contribuinte que a PGFN estaria de valendo de argumentos que não foram apresentados pelo Termo de Verificação Fiscal, e que estaria incorrendo em inovação jurídica do lançamento.

Manifestei-me sobre o assunto, durante os debates empreendidos pelo Colegiado, inicialmente, suscitando uma questão de ordem processual.

E, como os debates realizados na sessão de julgamento não são reduzidos a termo, considero relevante o registro no presente voto.

Disse na sessão de julgamento que o mérito do recurso especial, e eventual nulidade, só podem ser apreciados caso seja **superado o exame de admissibilidade, primeira etapa e estreito filtro processual**, previsto no Regimento Interno do CARF, Anexo II, art. 67:

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

*§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)*

Sem se olvidar que o regimento interno do CARF tem previsão no art. 37 do Decreto nº 70.235, de 1972 (que dispõe sobre o processo administrativo fiscal):

*Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.*

Nesse contexto, caso não seja demonstrada divergência na interpretação da legislação tributária nos termos do regimento interno, consolida-se coisa julgada administrativa, fazendo com que não seja possível reconhecer a nulidade de ofício durante a etapa do exame de admissibilidade.

Apenas se superado o estreito filtro da admissibilidade, **a cognição para a apreciação do mérito, e eventuais preliminares, se amplia**. O art. 1034 do Código de Processo Civil dispõe com clareza:

*Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, **aplicando o direito**.*

*Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado. (grifei)*

Na realidade, conforme a abalizada doutrina de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY <sup>1</sup>, o dispositivo vem consagrar a súmula do STF nº 456 (*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*) e o Regimento Interno do STJ, art. 257 (*No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*).

Civil: Demandou-se, nos debates, pela aplicação do art. 330 do Código de Processo

*Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:*

*I - for inepta; (...)*

De fato, trata-se de dispositivo que discorre sobre regras gerais do processo de conhecimento.

Ocorre que, em se tratando de recurso especial e extraordinário, o mesmo código estabelece, com clareza, que são recursos de natureza única, que guardam peculiaridades próprias, com exame de admissibilidade específico, não aplicável à petição inicial e tampouco aos recursos ordinários.

A petição inicial submete-se a requisitos de recebimento gerais, aplicáveis a todas as peças inaugurais de uma fase processual. Da mesma forma, os recursos ordinários submetem-se a requisitos de admissibilidade gerais.

Contudo, os recursos de natureza extraordinária tem requisitos de admissibilidade específicos, próprios à sua natureza.

E o conhecimento dos recursos de natureza extraordinária tem que superar, inevitavelmente, a apreciação de tais quesitos.

Assim, disse que, apenas se, superado o exame de admissibilidade, adentrando-se na etapa seguinte, quando se aplica o direito, em que o julgador tem plena liberdade de firmar sua convicção, tanto que não fica restrito aos fundamentos das partes, que se pode, ao identificar a situação de vício insanável, reconhecer eventual nulidade (como a inépcia).

Voltando para o contencioso administrativo, de rito mais simplificado do que o civil, são de menor quantidade os requisitos de admissibilidade a serem cumpridos.

---

<sup>1</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2173.

No recurso voluntário, interposto junto às turmas ordinárias do CARF, pode-se dizer que o requisito de admissibilidade para sua devida interposição é a tempestividade, e a não ocorrência de preclusão processual (matéria não discutida na primeira instância, DRJ, que por isso transitou em julgado).

E observe-se que, caso o recurso seja intempestivo, o colegiado não conhece do recurso, ainda que se tenha arguição de nulidade. Veja: o requisito de admissibilidade prevalece, na ordem de apreciação, sobre a preliminar de nulidade. Repito: não se conhece do recurso por intempestividade, aplicação preponderante de requisito de admissibilidade sobre preliminar de nulidade.

Situação ainda mais nítida no caso do recurso especial, em que, além dos requisitos aplicáveis no recurso voluntário, tem requisito especial.

Disse que o Colegiado da CSRF não poderia reconhecer, para o recurso especial, de ofício, nulidade, antes que se demonstrasse o atendimento do requisito especial para a admissibilidade: apresentação de acórdão paradigma com interpretação da legislação tributária divergente daquela da decisão recorrida. Isso porque o Colegiado da CSRF não é terceira instância administrativa. Trata-se de instância especial, que vai dizer o direito em relação a matéria cujo entendimento tenha sido divergentes nas turmas ordinárias.

Por isso, antes de tudo, cabe a apreciação do requisito de admissibilidade próprio da natureza do recurso especial interposto ao CARF: divergência de entendimento entre decisões de turmas ordinárias.

Apenas se superado tal exame, exclusivo para o recurso especial, aí sim, cabe a apreciação de eventual preliminar de nulidade e, depois, do mérito.

Passo à análise, portanto, da admissibilidade do recurso especial da PGFN.

#### **Admissibilidade.**

No recurso especial a PGFN apresenta como acórdão paradigma o de nº 1402-001.404.

A Contribuinte em contrarrazões aduz que não teria sido demonstrada a divergência entre decisão recorrida e paradigma.

No caso tratado pelo paradigma, trata-se da aquisição da TECVAL pelo grupo LUPATECH.

Transcrevo o contexto apresentado nas contrarrazões (e-fls. 5994):

*De fato, é a realidade retratada no relatório do acórdão apontado pela recorrente como paradigma, do qual consta:*

*i) que a TCV foi "criada formalmente por Lupatech em 05/08/2008, tendo sido seu Contrato Social arquivado na Junta Comercial do RS em 11/09/2008";*

*ii) que em 20/11/2008 "a TCV adquiriu formalmente Tecval, que se tornou subsidiária integral daquela";*

iii) que "com a incorporação de TCV por Tecval, também em 20/11/2008, Tecval transformou-se em subsidiária integral de Lupatech".

Como se pode observar, foi criada a empresa TCV, de duração efêmera, sem funcionários, sem sede, para se consumar a aquisição da TECVAL. Vale transcrever maiores detalhes da operação, disponíveis no voto vencedor da decisão recorrida (e-fls. 4290), que reproduz na íntegra as conclusões do voto da DRJ (e-fls. 4092):

Os argumentos trazidos pela Impugnante não se mostram consistentes a ponto de alterar minha convicção sobre sua total inoperância. Os fatos são evidentes: TCV não possuía sede, estrutura operacional, empregados e tampouco atividade operacional. A Impugnante alega que teria operado e a comprovação seria a aquisição de Tecval! Ora, não é crível que se possa crer nessa versão.

Os valores aportados na constituição de TCV foram justamente os necessários para a aquisição de Tecval. Nenhum centavo a mais. Aliás, alguns recursos não entregues diretamente por TCV na aquisição de Tecval tiveram caminho sui generis. Após saírem de Lupatech, transitarem por MNA, chegaram às mãos dos sócios de Tecval e posteriormente foram contabilizados em Tecval como empréstimos de sócios. Tudo absolutamente garantido por Lupatech, em negociação complexa, mas que, mediante inúmeros contratos de mútuos, penhor e outros negócios jurídicos, demonstram que a realidade foi uma só: Lupatech adquiriu Tecval e, por algum motivo, decidiu fazer um longo caminho de seus recursos até as mãos dos sócios de Tecval

Vale registrar: Lupatech cria TCV, a TCV mediante aporte faz aquisição da TECVAL com sobrepreço, consumando estrutura societária no qual Lupatech controla TCV, TCV controla TECVAL. Na sequência, TECVAL incorpora TCV. A TECVAL passa a ser aproveitar de ágio decorrente da valorização de suas próprias ações (e-fls. 3720 do Relatório da Ação Fiscal):

O protocolo e Justificação da Incorporação fez referência ao ágio que Tecval possuía com fundamento em sua própria rentabilidade futura (decorrente da incorporação de TCV em 20/11/2008), o qual estava sendo amortizado pela mesma, e que fora transferido para Lupatech em decorrência da incorporação.

No caso em debate nos presentes autos, apesar de não ser idêntico ao paradigma, guarda determinadas semelhanças que não podem ser desconsideradas.

A CSN cria a BIG JUMP. A BIG JUMP, mediante aporte recebido dos investidores estrangeiros, adquire participação da NAMISA, com sobrepreço, consumando estrutura societária no qual CSN controla BIG JUMP, BIG JUMP controla NAMISA. Na sequência, NAMISA incorpora BIG JUMP. A NAMISA passa a ser aproveitar de ágio decorrente da valorização de suas próprias ações.

Em ambos os casos, discorre-se sobre a artificialidade de uma empresa, considerada como holding: no recorrido, BIG JUMP, no paradigma, TCV.

**Os baluartes de ambas as autuações**, recorrido e paradigma, pautaram-se em suporte fático e em argumentos consonantes, na perspectiva da cognição da aplicação dos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

E a interpretação dada à legislação tributária pelo acórdão recorrido e pelo acórdão paradigma foi divergente.

Vale transcrever excerto do voto do acórdão recorrido (e-fls. 5926/5927):

*A Autoridade Fiscal fundamenta a inexistência da Big Jump pelo fato de não existir a sala 85-A no 3º andar do edifício situado no número 247 da Rua da Consolação (endereço constante do seu contrato social) no período em que a Big Jump existiu. A inexistência da referida sala revelaria, portanto, falta de capacidade operacional, já que não tendo sequer uma sede real, a empresa não tinha capacidade operacional para realizar seu objeto social, o que faz com que ela pudesse ser considerada 'pessoa jurídica inexistente de fato' (fl. 5.076).*

*É, portanto, por esses fundamentos que foram glosadas as despesas de ágio.*

*Nota-se que o incômodo da Autoridade fiscal é em virtude de ter sido a Big Jump a personalização de um contrato, com o simples propósito de agrupar os investidores estrangeiros e estruturar as participações societárias da ora Recorrida por aqueles sócios.*

*Neste momento, faz-se a mesma indagação do julgador a quo: algum problema? Alguma dificuldade no fato de a Big Jump não ter propósito operacional (veja-se bem, disse-se propósito operacional e não propósito negocial)?*

Enfim, quanto à referência feita pela PGFN quanto ao "acórdão 1202-001.100", do qual protesta a Contribuinte, basta uma leitura atenta do recurso especial para perceber que se trata de um erro de transcrição, que não tem o condão de prejudicar a interposição da peça recursal. No decorrer do recurso, resta evidente que o acórdão paradigma em evidência é o de nº 1402-001.404, com ementa devidamente transcrita atendendo aos requisitos do RICARF.

Nesse sentido, não há reparos a fazer no Despacho de Admissibilidade de e-fls. 5962/5967, razão pela qual voto no sentido de **conhecer o recurso da PGFN**.

**Superado o exame da admissibilidade, faço exame de preliminar de inépcia suscitada pela Contribuinte**, decorrente do fato de que a PGFN, no recurso especial, não teria feito menção em relação à empresa considerada como veículo, BIG JUMP, aspecto suscitado pela Fiscalização.

Mais uma vez, em razão dos debates realizados na sessão de julgamento sobre o assunto, teço considerações complementares àquelas apresentadas no voto, para registrar minha posição externada durante a sessão de julgamento, vez que, como já dito, não há transcrição dos debates no Colegiado.

A Contribuinte extraiu do Termo de Verificação Fiscal interpretação própria, endossa pela decisão recorrida, no qual o **único** fundamento da autuação seria no sentido de que teria havido simulação na constituição da empresa BIG JUMP.

Com a devida vênia, discordo frontalmente.

O Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 5076/5103) de **vinte e oito páginas** não pode ser interpretado de maneira tão superficial. Discorre com profundidade sobre todos os fatos da reorganização societária, contesta a criação da BIG JUMP, e conclui que a operação **não se enquadrou** nos requisitos previstos no art. 385 e 386 do RIR/99 (prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997).

O que se observa, com clareza, é que a autoridade autuante destaca que a transação, de fato, não envolveu a BIG JUMP, que, por ser empresa sem substância, de "papel", foi utilizada para mera passagem dos recursos necessários à aquisição do investimento, tendo sido simulada a sua constituição e funcionamento, e que os recursos foram direcionados, na realidade, para a CSN.

Por outro lado, discorre a PGFN que não se consumou a necessária confusão patrimonial entre a real investidora (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO), e o investimento (NAMISA).

Ora, precisamente pelo fato de a BIG JUMP não ter participado do processo de reorganização societária, que não se consumou a confusão patrimonial entre real investidora (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO) e investida (NAMISA).

Não há que se falar em inépcia, cujas hipóteses estão previstas no CPC:

*Art. 330. (...)*

*I - for inepta; acórdão(...)*

*§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:*

*I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;*

*II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;*

*III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*

*IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.*

Não há falta de pedido ou causa de pedir, tampouco pedido indeterminado, tampouco pedidos incompatíveis, e muito menos se falar em narração de fatos que não decorre logicamente da conclusão.

**Dos fatos narrados pelo Termo de Verificação Fiscal, apresentou a PGFN sua interpretação, que, definitivamente, não incorreu em nenhum conflito lógico com a conclusão.** Enfatizei que a **matéria** que se discute é a glosa de despesas de amortização de ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e é precisamente o que discorre a PGFN em sua peça processual.

Enfim, o fato de a decisão recorrida ter interpretado a autuação fiscal de maneira diferente, no sentido de que o **único fundamento** da autuação teria sido a simulação da empresa BIG JUMP, em nada altera o conteúdo das peças presentes nos autos e o Termo de Verificação Fiscal.

Isso porque as interpretações dadas pelas partes ou pela decisão recorrida **não vinculam** o presente Colegiado.

E, mediante apreciação do caso concreto, tem liberdade o julgador de apreciar os fundamentos da autuação e sua evolução do decorrer da fase contenciosa. **Não fica limitado estritamente aos fundamentos aduzidos pelas partes.** Pelo contrário, pode e deve aplicar o direito, o que lhe permite, inclusive, interpretar as razões do Termo de Verificação Fiscal e a legislação tributária de maneira diversa daquela defendida pelas partes ou pela decisão recorrida.

Precisamente sob tal perspectiva, supero a preliminar processual.

Passo ao exame do mérito.

## Mérito

### 1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>2</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor

<sup>2</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

## 2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

*Art. 219. Extingue-se a companhia:*

*I - pelo encerramento da liquidação;*

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

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

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

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

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

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base

de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>4</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>5</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

*Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.*

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

*(...)*

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

<sup>4</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>5</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista <sup>6</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>6</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da

aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **5. Amortização. Despesa.**

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99<sup>7</sup>.

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

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

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

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

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

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

---

<sup>7</sup> Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>8</sup>.

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

<sup>8</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER<sup>9</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

---

<sup>9</sup> SCHOUER, 2012, p. 62.

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

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

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

## 8. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

## 9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

O contexto trata de negociação no qual investidores japoneses (grupo BRAZIL JAPAN IRON) e coreanos (grupo POSCO) adquiriram o capital NAMISA (Contribuinte), subsidiária da CSN.

Vale apreciar a sequência dos fatos:

1º) A CSN, que controlava a NAMISA (99,99%), criou a empresa BIG JUMP;

2º) a BIG JUMP recebeu em 30/12/2008 o valor de R\$7,40 bilhões das empresas BRAZIL JAPAN IRON e POSCO;

3º) no mesmo dia, a BIG JUMP repassou R\$86,56 milhões para a CSN, a título de compra de 0,7907% do capital da NAMISA, e repassou R\$7,28 bilhões para a NAMISA, a título de capitalização da empresa;

4º) parcela do preço correspondente a R\$4.093.701.875,14 foi registrada pela BIG JUMP como ágio fundamentado em rentabilidade futura, amparado em laudo, decorrente da aquisição com sobrepreço de participação de 40% da participação societária da NAMISA;

5º) no mesmo dia, a NAMISA transferiu os R\$7,28 bilhões para a CSN, a título de "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação";

6º) em 30/07/2009, a NAMISA incorporou a BIG JUMP;

7º) a NAMISA passou a amortizar despesa de amortização de ágio, escriturada no valor de R\$4,1 bilhões.

São os fatos.

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

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

No pólo da pessoa jurídica **investidora**, encontram-se os grupos BRAZIL JAPAN IRON e POSCO, que efetuaram o aporte de R\$7,40 bilhões na BIG JUMP, para que a BIG JUMP viesse a adquirir a NAMISA, com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foram os grupos BRAZIL JAPAN IRON e POSCO **que efetivamente acreditaram na mais valia do investimento (NAMISA), coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a NAMISA, cuja participação societária foi adquirida em valor superior ao do patrimônio líquido.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a BIG JUMP e NAMISA. Ou seja, sem a presença do BRAZIL JAPAN IRON e POSCO, os reais investidores.

Por consequência, tampouco se consumou o encontro de contas entre a investidora (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO) e a investida (NAMISA), não atendido, portanto, aspecto material (vide item 7 do voto).

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Vale registrar que a autuação fiscal relatou que a operação deu-se, **de fato**, entre CSN (alienante) e BRAZIL JAPAN IRON e POSCO (adquirentes), e discorre sobre a artificialidade da BIG JUMP. Vale transcrever excertos do Relatório de Verificação Fiscal:

*3. A NAMISA, através de esclarecimentos prestados e de documentos apresentados alega, em síntese, que as empresas fizeram o seguinte (Anexos I a 14):*

*a) A BRAZIL JAPAN IRON e a POSCO entregam, em 30 de dezembro de 2008, recursos em moeda estrangeira imediatamente convertidos para R\$ 7,40 bilhões na BIG JUMP. A BIG JUMP, no mesmo dia: repassa R\$ 86,56 milhões à CSN, alegando se tratar da compra de apenas 0,7907% das ações da*

*NAMISA; e repassa R\$ 7,28 bilhões à NAMISA, supostamente a título de capitalização (Anexo 4, fls. 19 a 23, Anexo 12, fls. 52 a 71 e Anexo 13, fls. 1 a 16);*

*b) A NAMISA, ainda no mesmo dia, transfere os R\$ 7,28 bilhões recebidos, para a CSN (Anexo 4, fls. 19 a 23) a título de "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação".*

*4. Essa transferência imediata feita pela NAMISA para sua controladora, por si só, demonstra que, **na verdade, quem se capitalizou de fato foi a CSN**, eis que o capital recebido dos compradores estrangeiros não permaneceu sequer um dia na conta da NAMISA.*

(...)

### 3.4 - CONCLUSÃO

*1. Os documentos, fatos e fotos que fazem parte dos Anexos ao presente termo demonstram que:*

*a) A CSN, em 2008, demonstrou publicamente sua intenção de venda de 40% da participação que detinha na NAMISA. Além disso, anunciou que havia efetivado tal venda por US\$ 3,12 bilhões exatamente para os investidores que declarou que estavam interessados na compra da participação que pretendia vender.*

*b) A **BIG JUMP, cuja criação e existência foi simulada**, foi a peça central na engenhosa operação desenvolvida para gerar irregularmente ágio que, depois, seria utilizado para reduzir significativamente as bases de cálculo de IRPJ e da CSLL da NAMISA em 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, e para **esconder o real valor do ganho de capital obtido pela CSN** na venda que ela mesma anunciou que realizou.*

*c) A NAMISA assinou contratos que, além de terem sido contaminados pela simulação praticada na constituição e operação da BIG JUMP, apresentam nítido desequilíbrio em favor da CSN, sua controladora. Em outras palavras, os contratos assinados como "antecipações de compra de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação", por prazos que chegam a 34 anos, foram também componentes do engenhoso processo dissimulante criado. (grifei)*

Observa-se, com clareza, que a autoridade autuante destaca que a transação, de fato, não envolveu a BIG JUMP, que, por ser empresa sem substância, de "papel", foi utilizada para mera passagem dos recursos necessários à aquisição do investimento, e que os recursos foram direcionados, na realidade, para a CSN.

Vale repetir as constatações do Termo de Verificação Fiscal:

4. Após ser criada, apenas no papel, a BIG JUMP foi utilizada para:

a) Receber, em 30 de dezembro de 2008, R\$ 7,40 bilhões entregues pelas empresas japonesa BRAZIL JAPAN IRON e coreana POSCO, para nesse mesmo dia: repassar R\$ 86,56 milhões à CSN, alegando se tratar da compra de apenas 0,7907% do capital da NAMISA; e repassar R\$ 7,28 bilhões à NAMISA, supostamente por estar lhe capitalizando.

b) Ser, em 2009, incorporada documentalmente pela NAMISA.

5. Depois de receber a transferência bancária da BIG JUMP, a NAMISA, no mesmo dia 30 de dezembro de 2008, transferiu todos os R\$ 7,28 bilhões para a CSN, como "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação", sem sequer requisitar garantias, fiança bancária ou seguro para o risco de perda desse enorme montante de capital.

Constata-se, com nitidez, a **construção artificial do suporte fático**, mediante utilização de empresa de caráter estritamente formal, para que a operação societária pudesse se amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). Movimentações na mesma data ou em datas próximas, utilização de empresa sem nenhuma substância (BIG JUMP), com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável. O recurso para aquisição da NAMISA, no mesmo dia 30 de dezembro de 2008, "passeou", primeiro, pela BIG JUMP, segundo, para a NAMISA e, terceiro, finalmente, foi para quem deveria ter sido destinado, a CSN, a alienante. Ocorre que o "passeio" que não se presta a materializar uma despesa dedutível. Completamente desvirtuada situação no qual a NAMISA, investida, aproveita-se, ela mesma, do sobrepreço pago por suas próprias ações, para deduzir despesa.

Repito a observação registrada no início do voto: não há que se falar em inovação do critério jurídico, ou inépcia do recurso especial, suscitada pela Contribuinte em contrarrazões, porque a PGFN não discorreu especificamente sobre a empresa BIG JUMP.

O que se observa, com clareza, é que a autoridade autuante destaca que a transação, de fato, não envolveu a BIG JUMP, que, por ser empresa sem substância, de "papel", foi utilizada para mera passagem dos recursos necessários à aquisição do investimento, e que os recursos foram direcionados, na realidade, para a CSN. Trata-se de fundamento que acolho no presente voto, independente de ter sido suscitado pela PGFN, porque o julgador não se encontra vinculado aos argumentos das partes do processo.

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

Como a turma *a quo* negou provimento ao recurso de ofício, não foram apreciadas matérias dependentes da manutenção da autuação principal, como qualificação de multa de ofício e inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício. Portanto, cabe o retorno dos autos à turma *a quo*, para apreciar tais questões.

Enfim, cabe registro a respeito das alegações da Contribuinte, em contrarrazões, a respeito da matéria qualificação da multa de ofício.

Isso porque, da mesma maneira que a Contribuinte, em contrarrazões, pugna pelo retorno dos autos para a *turma a quo* para que seja apreciada a matéria sobre aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, sob pena de supressão de instância, cabe a mesma lógica para determinar a apreciação da qualificação de multa de ofício.

Como a matéria qualificação de multa de ofício não foi apreciada pela turma *a quo*, vez que foi dado provimento ao recurso de ofício, a matéria não poderia ser devolvida ao presente Colegiado.

Só depois de consumada a decisão da turma *a quo* sobre a matéria qualificação de multa de ofício, aí sim, poderá ser devolvida ao presente Colegiado, momento em que caberá à parte sucumbente (PGFN ou Contribuinte), se lhe for conveniente, interpor recurso especial sobre a questão.

Portanto, diante de todo o exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento parcial ao recurso da PGFN**, para restabelecer a autuação fiscal e determinar o retorno dos autos para a DRJ para analisar as matérias não apreciadas no Acórdão nº 16-47.176.

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura

## **Declaração de Voto**

Conselheira Cristiane Silva Costa

Com a devida vênia, divirjo do entendimento do Relator com relação ao conhecimento e mérito do recurso especial, razão pela qual apresento declaração de voto.

## Conhecimento

O recurso especial da Procuradoria não merece conhecimento por duas principais razões, devidamente questionadas pela Recorrida em suas contrarrazões, quais sejam: (i) inépcia do recurso e (ii) falta de similitude fática.

Conhecimento: Inépcia do recurso especial

Lembro que o lançamento tributário teve o seguinte fundamento a “simulação” de existência da BIG JUMP, conforme Termo de Verificação Fiscal que acompanhou o Auto de Infração:

#### 4.2 – DA NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO

*1. O artigo 167, da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro – determina que:*

*Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma (...)*

*2. Os contratos e documentos citados no presente termo contêm a declaração não verdadeira da existência da BIG JUMP, centro de toda a operação de venda de ações da NAMISA. Assim, de acordo com o artigo 167 do Código Civil, são nulos todos os negócios jurídicos praticados com o envolvimento da BIG JUMP, subsistindo o que se dissimulou, ou sejam o real ganho de capital obtido pela CSN e a inexistência de ágio a ser deduzido pela NAMISA depois da incorporação documental da BIG JUMP.*

#### 4.3 – DA GLOSA DA DESPESA REFERENTE AO ÁGIO CONSTITUÍDO IRREGULARMENTE (...)

*2. É claro que o benefício previsto no artigo 386 do RIR/99 só pode ser usufruído quando uma empresa incorpora outra regularmente constituída. Ele não se aplica à incorporação de uma empresa cuja criação e existência foi simulada, como foi o caso da BIG JUMP.*

*3. Diante disso, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil glosar as despesas de amortização do ágio constituído através da criação e existência simulada da BIG JUMP e cobrar, com multa e juros, o IRPJ e a CSLL que deixaram de ser recolhidas pela NAMISA.*

Diante destes fatos, a Delegacia da Receita Federal (DRJ) cancelou o lançamento, ao constatar que: **(i)** não houve qualquer irregularidade na constituição da Holding (BIG JUMP), sendo legítima sua criação, tanto pelo objetivo buscado, quando pela própria redação dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997 que autorizaria empresas não operacionais; **(ii)** não foi provada, pelo meio procedimental correto, a inexistência da BIG JUMP, e, por fim, **(iii)** identifica a existência de “vida empresarial” desta Holding (BIG JUMP), arrolando dezenas de operações desta pessoa jurídica. É o teor da decisão da DRJ:

*30. Ou seja, Big Jump haveria de ser tão-só a efêmera personificação d'um contrato. Viria ao mundo sem propósito operacional (considerada a ambiência, algo afeto à extração, ao beneficiamento, à distribuição de minério de ferro, e/ou à fabricação/comercialização de produtos daí derivados, como se vê da caracterização de cada um dos atores estrangeiros que, enfim, figuraram como seus acionistas, e relativamente à própria CSN ou à NAMISA; fls. 4.223/4.225 do caso CSN). Em uma*

linha, a pessoa jurídica Big Jump seria, apenas, pedaço de papel, como sói acontecer com o meio físico dos contratos, papel também. 31. Pergunta-se: algum problema? Alguma dificuldade em Big Jump não ter propósito operacional (veja-se bem, disse-se propósito operacional, e não propósito negocial)?

32. O que normalmente se nomeia por empresa veículo, de papel, de prateleira, de per si, não é ponto de partida para a construção d'um discurso tendente a desaguar na conclusão da simulação, do abuso de direito, da fraude à lei, e locuções correlatas. (...) O argumento da empresa veículo, de papel, de prateleira vem, se o caso, para confirmar, ainda mais confirmar, uma história que se está a contar (e, obviamente, a demonstrar) no sentido do engodo. E engodo, até a presente linha desse Voto, não se teve. E assim se crê por uma singela razão, a dizer: é a própria legislação, melhor e mais preciso ainda, é a própria Lei, que estimulou e estimula a criação de um talvez fantasma que responde pelo epíteto de empresa veículo, de papel, de prateleira. Ou vai-se negar que a discussão que se coloca nesses autos, pela via do permissivo posto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (...)?

33. Isso considerado, estima-se que empresas veículo, de papel, de prateleira, não estão a cumprir qualquer atividade operacional, a demandar, de ordinário, a articulação de fatores de produção (mão de obra, capital, recursos naturais, capacidade tecnológica, capacidade empresarial), articulação essa voltada para resolver o clássico problema econômico fundamental (combinar recursos que são escassos para a satisfação de necessidades humanas ilimitadas, isso na cadeia produção-distribuição-consumo). Empresas veículo servem, isto sim e de imediato, à causa dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (normativos afirmados à época das privatizações e também confirmados depois). O abuso pode permear a espécie? Até pode (e essa Turma de Julgamento já enfrentou casos que tais). Ocorre que, presentemente, há legitimidade no expediente: justifica-se operacionalmente a criação d'uma empresa nacional que, aqui no país, está a coordenar/integrar a vontade, o interesse d'outros sete investidores estrangeiros para, em uníssono, firmar tratativas (aí incluída a consequente produção de documentário técnico-contratual-burocrático) em face de NAMISA e CSN, e mais outros particulares e entes governamentais (ver-se-á na sequência, aliás).

34. De toda forma e particularmente, mesmo que se jogue às traças o argumento de linhas acima – que, com venia, se crê um evidente teleológico pulsante nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, se nada, com consistência, estimula algum senão –, sobre Big Jump, acresça-se:

34.a. Se, sem disputa, Fiscalização e Contribuinte (CSN), assentam sobre a data de encerramento de Big Jump em julho/2009, quando essa última foi incorporada pela NAMISA, e o respectivo procedimento fiscal inaugurou-se com a ciência do termo de fl. 02 (caso CSN), assim havida em 25/11/2010 (fl. 03

*do caso CSN), então e de fato, quando da diligência de que resultaram nas fotos de fls. 4.930/4.951 (caso CSN), nada se prova sobre uma possível inexistência d'uma sala 85-A à época da vida de Big Jump (de passagem, ditas fotos não estão datadas). Demais disso, constatou-se a existência do nº 247 à rua Consolação, do edifício aí presente (Henrique Toledo Lara), d'um seu terceiro andar, onde, não menos relevante dizer, operava/opera o escritório de advocacia Machado Meyer, Sendacz e Opice Advogados que, de seu turno, detinha poderes de representação de Big Jump. É a própria Fiscalização que o diz (fl. 5.076 do caso CSN): (...)*

Considerada uma tal circunstância, não seria muito, já que se foi a tanto, considerar-se a hipótese de abertura de diligência com o só fito de se intimar dito escritório de advocacia a responder por Big Jump. Isso tudo sem dizer ainda que o escopo do art. 41 da Instrução Normativa RFB nº 748, de 2007, chamado a lume pela Fiscalização, rende espaço processual próprio (leia-se, contraditório) para se chegar à conclusão da pessoa jurídica inexistente de fato. E contraditório sobre esse específico ponto dele não se tem notícia nos presentes autos. Note e por inteiro a subseção III, arts. 41 a 44, da IN RFB nº 748, de 2007, e retire-se de lá a conclusão da necessidade d'um contraditório específico e voltado ao objeto pessoa jurídica inexistente de fato (um obrigatório, quando da cassação; outro facultativo, se aprouver ao Contribuinte a reabilitação da inscrição junto ao CNPJ):

34.b. A revelar vida empresária, Big Jump (os documentos referenciados a seguir o são por cópia, e estão relacionados na ordem em que aparecem nos autos do caso CSN):

*i. Em fevereiro/2009, recebe “Proposta para prestação de serviços profissionais de finanças” por parte de “Experience – gestão empresarial”, cujo objeto seria a “elaboração em planilhas Excel do balanço patrimonial e da demonstração do resultado da Big Jump de cada um dos períodos a findar em 31 de março, 30 de Junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de 2009 [e, também, aquele findo em 31 de dezembro de 2008, mas em outra proposta] em conformidade com os US GAAP”. (fls. 1.447/1.457, caso CSN); ii. Em junho/2009, contrata “Itochu Brasil S.A.” para, grande linha, prestar-lhe serviço de assessoria contábil-financeiro-jurídico-administrativa (fls. 1.459/1.464, caso CSN); iii. Em abril/2009 e junho/2009, recebe “Proposta de serviços profissionais” de “KPMG Auditores Independentes” (fls. 1.465/1.500, caso CSN); iv. Em março/2009, fecha contrato com “Libercon Consultoria para Estrangeiros Ltda.” pela prestação de serviço “consistente na elaboração de pedido de autorização de trabalho estrangeiro em caráter permanente a favor de HIRONORI MAKANAE” (fls. 1.501/1.503); v. Em junho/2009, qualificada como parte interessada, figura em contrato firmado entre, d'um lado, “Machado, Meyer, Sendacz e Opice – Advogados” e, d'outro, “Itochu Corporation, JFE Steel Corporation, Kobe Steel, Ltd., Nippon Steel Corporation, Nisshin Steel Co., Ltd., Nissin Steel Co., Ltd., Sumitomo Metal Industries, Ltd., Pohang Iron and*

*Steel Company – POSCO”, o qual teve por objeto a prestação de assessoria legal “related to the acquisition of the stake into NAMISA, acquisition of Casa da Pedra mine and other related matters as evidenced by engagement letters dated May 27, 2008 and January 27, 2009 [...]” (fls. 1.504/1.507, caso CSN); vi. Em março/2009, contrata “NK Auditoria e Consultoria Contábil S/C Ltda.” para lhe prestar serviços contábil-fiscais (escrituração, cumprimento de obrigações fiscais em face da RFB e municípios; fls. 1.508/1.510, caso CSN); (...)*

*35. Isso tudo considerado, e nem o figurino de empresa veículo, de papel, de prateleira bem caberia para Big Jump. Difícil mesmo seria exigir mais concretude negocial/operativa do que aquela acima listada.*

Diante da remessa de ofício ao CARF, foi confirmada a decisão da DRJ, por entender a Turma que o único fundamento do Auto de Infração seria a **inexistência da BIG JUMP**, fundamento já rechaçado pela primeira instância. Nesse sentido, reproduzo trecho do voto do então Relator, acolhido por maioria de votos no Colegiado:

*As questões analisadas no presente recurso de ofício serão adstritas aos fundamentos do auto de infração e da decisão que cancelou o mesmo.*

*Vê-se que o fundamento da glosa do ágio está intrinsecamente relacionado com a premissa da inexistência da Big Jump, que decorre da suposta simulação na alienação das participações societárias da Recorrida para a CSN, conforme foi melhor detalhado na análise do PTA nº 19515.723039/2012-79 (...)*

*A Autoridade Fiscal fundamenta a inexistência da Big Jump pelo fato de não existir a sala 85-A no 3º andar do edifício situado no número 247 da Rua da Consolação (endereço constante de seu contrato social) no período em que a Big Jump existiu. A inexistência da referida sala revelaria, portanto, falta de capacidade operacional, já que não tendo sequer uma sede real, a empresa não tinha capacidade operacional para realizar seu objeto social, o que faz com que ela pudesse ser considerada ‘pessoa jurídica inexistente de fato’ (fl. 5.076)*

*É, portanto, por esses fundamentos que foram glosadas as despesas de ágio.*

*Nota-se que o incômodo da Autoridade Fiscal é em virtude de ter sido a Big Jump a personalização de um contrato, com o simples propósito de agrupar os investidores estrangeiros e estruturar as participações societárias da ora Recorrida por aqueles sócios. (...)*

*Com a devida vênia, não me parece que a falta revelar falta de capacidade operacional a ausência de estrutura, como conta de luz, água e telefone, para a sociedade que tem por objeto a atividade de holding.*

*Parece-me ter razão a autoridade julgadora a quo quando relaciona documentos que revelam a vida empresária da Big Jump. (fls. 5.2562.5290) (...)*

À ocasião, diante de memoriais apresentados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, a Turma explicitou que **não conhecia** do argumento Procuradoria a respeito **da ausência de confusão patrimonial**, conforme voto do Relator, acolhido pela maioria do Colegiado. Vale colacionar trecho deste voto do Relator, ex-Conselheiro Alexandre Antonio Alkmin Teixeira:

*Finalmente, salienta-se que os argumentos trazidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em contrarrazões apresentadas (recebidas por este relator como memorial, por tratar-se de Recurso de Ofício), acerca da ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida e a intempestividade do laudo apresentado não serão objeto de análise desse relator, já que tais argumentos não constam no Auto de Infração ora analisado.*

*Assim, sob pena de se refazer o Auto de Infração em fundamento diverso, tais questionamentos acerca da dedutibilidade do ágio ora discutido não podem ser analisados.*

Não obstante a clareza do voto do Relator, a Procuradoria insistiu – em razões de recurso especial – no enfrentamento de tema que não foi objeto de lançamento tributário (não podendo se inovar posteriormente a tal ato administrativo), como tampouco analisado pela Turma Ordinária (justamente porque não era fundamento do Auto de Infração). Reproduzo trechos do recurso especial, demonstrando a desconexão deste recurso com o quanto julgado pela Turma Ordinária e, ainda, com o próprio lançamento que originou o processo administrativo, *verbis*:

*Com efeito a fiscalização demonstrou que as reais adquirentes das ações da NAMISA foram as empresas que formavam o consórcio estrangeiro e que a BIG JUMP serviu apenas como uma “ponte” na concretização dessa operação. (...) (fls. 4 do recurso)*

*Assim, a transferência do ágio para empresa veículo somente admite a dedutibilidade do ágio quando houver a **confusão patrimonial** entre a investida e a real investidora.*

*Como se verifica, no que se refere à indevida amortização de ágios artificialmente gerados com exclusivo propósito de economia tributária, não há reparos a serem feitos no lançamento. (fls. 18 do recurso) (grifamos)*

A eventual falta de confusão patrimonial com “reais investidoras” não foi causa do lançamento tributário, como tampouco analisada pelo acórdão recorrido. Diante disso, a inovação pretendida pela Recorrente não pode ser conhecida por esta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, vislumbrando-se a **inépcia** do recurso especial, preliminar impeditiva do seu conhecimento.

Pondero que a inépcia é tratada pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) como causa de indeferimento da petição inicial, *verbis*:

*Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:*

*I - for inepta; acórdão(...)*

*§ 1o Considera-se inepta a petição inicial quando:*

*I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;*

*II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;*

*III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;*

*IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.*

A falta de lógica entre a narração dos fatos e a conclusão é evidente causa de inépcia da petição inicial, conforme artigo 330, §1º, inciso III, supra colacionado.

No caso destes autos, há evidente incompatibilidade entre as razões do recurso especial e seu pedido (reforma do acórdão recorrido), decorrendo a necessário reconhecimento de sua inépcia, para que lhe seja negado conhecimento.

Ora, se o acórdão recorrido não conheceu da alegação da “ausência de confusão patrimonial”, como é possível a reforma deste acórdão com fundamento nesta matéria (“confusão patrimonial”). Mais ainda: não há sequer uma linha no recurso especial tratando do único tema que teria originado o lançamento tributário, que é a inexistência da BIG JUMP.

O tema “inexistência da BIG JUMP” foi o fundamento do lançamento tributário e, exatamente por isso, compõe as decisões de primeira instância (DRJ) e segunda instância (Turma Ordinária do CARF). A alteração do fundamento – por meio de recurso especial - pela Procuradoria implica em ilegítima modificação do fundamento do Auto de Infração, o que é defeso por meio de decisões administrativas.

Acrescento que é aplicável o CPC de forma supletiva e subsidiária ao processo administrativo fiscal, como expressamente dispõe o artigo 15 deste diploma processual:

*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

A inexistência de norma especial no regramento de processo administrativo que regule a inépcia do recurso especial autoriza a aplicação do CPC para negativa de seguimento ao recurso.

Sobreleva considerar, ainda, que a inépcia do recurso é usualmente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça como causa de seu não conhecimento, como no acórdão cuja ementa transcrevemos a seguir:

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL. MAJORAÇÃO. ART. 1.021, § 4º, CPC/2015. INCIDÊNCIA.*

*1. O agravo em recurso especial, interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial, que não impugna, especificamente, os fundamentos por ela utilizados não deve ser conhecido.*

*2. Agravo interno no agravo em recurso especial não conhecido, com majoração de honorários e aplicação de multa nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.*

*(Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 776.545, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 16/03/2017)*

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a inépcia de recursos para negar-lhes seguimento, como se verifica em algumas ementas a seguir reproduzidas:

*Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo.*

*2. Recurso extraordinário intempestivo. Incidência da Súmula 284.*

*3. Razões desconexas e dissociadas dos fundamentos do acórdão embargado. Inépcia.*

*4. Caráter protelatório. Reiteração. Elevação da multa imposta.*

*5. Embargos de declaração rejeitados. (STF, ARE 944.777, DJe 10/03/2017)*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NÃO DEMONSTRADOS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS.*

*I – Petição de embargos declaratórios na qual não se aponta a existência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado. Consequência: não conhecimento da impugnação.*

*II – Revela-se inepto o recurso no qual não são observados os pressupostos processuais indispensáveis à interposição ou as razões se dirigem contra decisão formal e substancialmente diversa do que decidido (RE 142.466-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/6/1992). III – Embargos de declaração não conhecidos.*

*(STF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17/05/2016)*

Em sentido similar, a ilegitimidade de eventual recorrente autoriza seja negado seguimento ao recurso especial – por esta Câmara Superior de Recursos Ficais – com a aplicação das normas do CPC no processo administrativo tributário. Tal fato confirma a necessária aplicação do CPC na hipótese dos autos, para não conhecimento do recurso especial, diante da sua inépcia.

Por tais razões, **entendo que há inépcia do recurso especial, concluindo pela negativa de seu conhecimento.**

#### Conhecimento: Falta de Similitude Fática

O recurso especial ainda não deveria ser conhecido diante da falta de similitude fática entre os acórdãos paradigma e recorrido. Com efeito, a Recorrente indicou como paradigma o acórdão nº 1402-001.404.

Há questões principais que distinguem a situação fática analisada pelo acórdão recorrido e aquela julgada pelo paradigma, distinções que foram bastante relevantes para justificar a diferença na aplicação da lei tributária e, assim, impedem o conhecimento do recurso especial.

As distinções são as seguintes: **(i)** o lançamento no caso dos presentes autos teve por fundamento a inexistência da BIG JUMP (Holding), inexistência que foi totalmente afastada pela DRJ e Turma Ordinária; **(ii)** a existência da Holding (BIG JUMP) foi justificada pela consolidação do investimento de 7 empresas estrangeiras – como decidiram a DRJ e Turma prolatora do acórdão recorrido; e, finalmente, **(iii)** a BIG JUMP – mesmo sendo uma Holding - teve “vida empresarial”, conforme operações descritas pela DRJ, em decisão reproduzida pela Turma Ordinária.

Em contrapartida, o acórdão paradigma está fundado em situação em que **(i)** a Holding (TCV) só teve recursos aportados por uma pessoa jurídica (Lupatech), sem justificativa para sua criação; **(ii)** esta Holding não teve “vida empresarial”, pois, como identifica a Turma julgadora, só realizou uma operação, que foi a aquisição da Tecval.

Passo a reproduzir os trechos dos acórdãos para elucidar a distinção fática sintetizada acima.

A existência da BIG JUMP, mencionada pelo acórdão recorrido, foi tratada no tópico anterior, ao qual ora me reporto. Acrescento, nesse sentido, trechos da decisão da DRJ reproduzida no acórdão recorrido:

*“De fato, quando da diligência de que resultaram as fotos e fls. 4.930/4.951 (caso CSN) nada se prova sobre uma possível inexistência d’uma sala 85ª à época da vida da Big Jump (de passagem, ditas fotos não estão datadas). Demais disso, constatou-se a existência do nº 247 à Rua da Consolação (...) d’um terceiro andar, onde, não menos relevante dizer, operava/opera o escritório de advocacia Machado Meyer, Sendacz e Opice Advogados que, de seu turno, detinha poderes de representação de Big Jump. É a própria Fiscalização que o diz(...)*

*Isso tudo sem dizer ainda que o escopo do art. 41 da Instrução Normativa RFB nº 748, de 2007, chamado a lume pela Fiscalização, rende espaço processual próprio (leia-se, contraditório) para chegar à conclusão da pessoa jurídica inexistente de fato. E contraditório sobre esse específico ponto dele não se tem notícia nos presentes autos”*

Além disso, lembro trecho da ementa do acórdão recorrido, que trata da necessidade de consolidação do investimento – de 7 empresas estrangeiras - na BIG JUMP:

*ÁGIO GERADO A PARTIR DO AUMENTO E INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE EMPRESA NO BRASIL. INVESTIDOR ESTRANGEIRO. EMPRESA VEÍCULO DE INVESTIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO, FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO. Quando um grupo de investidores estrangeiros consolida os investimentos em uma sociedade holding no Brasil para, a partir dela, promover os investimentos que pretende no país, o ágio gerado a partir dessa operação é real, não havendo que se falar em simulação por inexistência de referida holding. O ágio consolidado na holding, que posteriormente é incorporada pela empresa investida, é passível de dedução nos termos da lei.*

Com efeito, no caso destes autos, foi identificado que uma Holding (BIG JUMP) consolidou o investimento de 7 empresas estrangeiras, o que justificaria a sua existência. Consta da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, conforme trecho devidamente reproduzido no acórdão recorrido (fls. 5928 dos autos) – e, que compõe o decisório da Turma Ordinária nos termos do artigo 50, §1º, da Lei nº 9.784/1999:

*Empresas veículo servem, isto sim e de imediato, à causa dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (...) O abuso pode permear a espécie? Até pode (e esta Turma de Julgamento já enfrentou casos que tais). Ocorre que, presentemente, há criação d'uma empresa nacional que, aqui no país, está a coordenar/integrar a vontade, o interesse d'outros sete investidores estrangeiros para, em uníssono, firmar tratativas (aí incluída a consequente produção de documentário técnico-contratual-burocrático) em face da NAMISA e CSN, e mais outros particulares e entes governamentais. (grifamos)*

Por fim, e não menos relevante, o acórdão recorrido reproduzi trechos da decisão da DRJ que identificam dezenas de operações que atestariam a “vida empresarial” da BIG JUMP. O item 34.b da decisão da DRJ enumera estes fatos, sendo integralmente reproduzido pelo acórdão Recorrido:

34.b. A revelar vida empresária, Big Jump (os documentos referenciados a seguir o são por cópia, e estão relacionados na ordem em que aparecem nos autos do caso CSN): (...)

Nesse contexto, conclui a DRJ que a BIG JUMP não seria uma empresa veículo de papel, pois “*difícil memso seria exigir mais concretude negocial*”:

*35. Isso tudo considerado, e nem o figurino de empresa veículo, de papel, de prateleira bem caberia para Big Jump. Difícil mesmo seria exigir mais concretude negocial/operativa do que aquela acima listada.*

Como acima citado, o acórdão paradigma (1402-001.404) trata de situação distinta, eis que a TCV (Holding) teve a integralidade de seus recursos aportados por uma pessoa jurídica (Lupatech), sem que a Turma Ordinária tenha vislumbrado a justificativa para a criação da Holding. Ademais, esta Holding só realizou uma operação, que foi a aquisição da Tecval A esse respeito, destaque-se do voto vencedor, lavrado pelo Conselheiro Frederico Augusto Gomes Alencar:

*Da análise das peças dos autos, particularmente do relatório fiscal, da impugnação e do recurso apresentados, alguns fatos são incontroversos a respeito da TCV: i) teve vida efêmera, mais precisamente 108 dias (de 05/08/2008 a 20/11/2008); ii) a única operação realizada foi a aquisição de Tecval, tendo sido, ao final, por esta incorporada; iii) não possuía empregados; iv) não possuía sede própria, estabelecendo-se no mesmo endereço de Lupatech; v) identidade de diretores entre TCV e Lupatech; vi) os recursos para aquisição de Tecval foram oriundos, em sua totalidade, de Lupatech, ainda que por meio indireto, utilizando-se da controlada Metalúrgica Nova Americana (MNA).*

O voto vencedor, no acórdão paradigma, revela as razões pelas quais entende pela manutenção do lançamento:

*Outro aspecto merece destaque. Percebe-se que TCV foi criada com o único intuito de adquirir Tecval e logo em seguida ser por esta incorporada. Aliás, a citação de TCV no Memorando de Entendimentos antes mesmo de sua constituição demonstra que sua existência, de fato, era irrelevante, uma vez que a aquisição, na realidade, seria realizada por Lupatech, dirigida e representada pelos mesmos diretores que constariam como tais na futura constituição de TCV. Não há como aceitar os argumentos contrários trazidos pela Impugnante no sentido de ser necessária a criação de TCV para, depois de 108 dias, justificar a extinção dessa mesma empresa, por incorporação, baseada no objetivo de simplificação da estrutura societária do grupo econômico. (...)*

*Ademais, em nenhum momento a Impugnante esclarece o porquê da criação de TCV. A pseudo justificativa trazida aos autos pode ser considerada um argumento sem conteúdo. Explico. O que vem a significar uma empresa veículo para aquisição de participação? Trata-se, a meu ver, de explicação que nada esclarece. A Impugnante deveria demonstrar algo bem simples: por que não fez a aquisição de Tecval diretamente por Lupatech, sem a criação de TCV? A alegação de que necessitava manter as operações segregadas em nada interfere em minha conclusão: bastaria adquirir Tecval diretamente, sem contudo, incorporá-la! Repise-se: não há um só elemento objetivo trazido pela Impugnante que justifique o porquê da criação de TCV, empresa efêmera, que realizou um único negócio durante sua existência (a aquisição de Tecval), servindo, sem sombra de dúvidas, para antecipar a amortização de ágio. Outra finalidade deveria ser comprovada pela Impugnante, que não se desincumbiu de seu ônus probatório. (grifamos)*

Perceba-se que no acórdão paradigma a inexistência de justificativa para criação da TCV (Holding) foi determinante para manutenção do lançamento. Nos termos da decisão da DRJ – reproduzida no acórdão paradigma -: “*não há um só elemento objetivo trazido pela Impugnante que justifique o porquê da criação de TCV, empresa efêmera, que realizou um único negócio durante sua existência (a aquisição da Tecval) (...)*”

Nesse contexto, vislumbro que inexistente similitude fática que possa justificar o conhecimento do recurso especial. A decisão final divergente das Turmas prolatoras do acórdão recorrido e paradigma se justifica diante dos absolutamente distintos elementos analisados pelos Colegiados.

Portanto, voto pelo não conhecimento do recurso especial.

Mérito

Mesmo que se superasse as preliminares de não conhecimento, para enfileiramento da dedutibilidade do ágio por razões distintas daquela constante em lançamento tributário e decisões administrativas destes autos, não há como ser provido o recurso especial da Procuradoria.

Afinal, os autos tratam de ágio efetivamente dedutível, por cumprir todos os requisitos legais. Nesse sentido, primorosa a declaração de voto do Conselheiro Antonio Bezerra Neto, em acórdão recorrido:

*Quando se está diante de uma sociedade que tem por objeto a atividade de Holding a capacidade operacional é de menos relevante que o autuante deveria se apegar. O propósito negocial da criação da empresa, sim, isso é relevante.*

*Mas de fato, o propósito negocial existiu como bem colocou a decisão de piso (...)*

*Posto isso, cabe salientar que tenho tomado alguns critérios objetivos e relevantes para admissão da existência / aproveitamento do ágio, entre eles se destacam:*

- as partes serem não relacionadas, como é o caso;*
- haver dispêndio econômico na formação da aquisição do ágio, como foi o caso;*
- em relação a situação de ser ou não empresa veículo, tenho tomado nos meus votos a seguinte linha de orientação que muito se assemelha com a linha também muito bem conduzida pela DRJ: não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará a priori “contaminada”, mas ser efêmera gera uma necessidade maior do contribuinte explicar o motivo relevante dessa transitoriedade (...)*
- e como se viu (...) tinha também como propósito negocial o de assegurar a todos os investidores (que eram muitos) que os outros participariam nas condições previamente acordadas (...)*
- outra condição importante que costumo adotar é que a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre de haver um encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com ágio pago por esta participação. (...) Também considero atendida essa condição no caso concreto, uma vez que foi a BIG Jump que fez o aporte de capital a partir do qual surgiu o ágio e ao tempo em que foi incorporada posteriormente.*

Portanto, também com relação ao mérito, divirjo do Relator por reconhecer a legitimidade do ágio para fins de sua dedutibilidade.

### Conclusão

Por tais razões, conduzo meu voto por **não conhecer do recurso especial** da Procuradoria. Voto, ainda, por **negar-lhe provimento**, mantendo o acórdão recorrido.

*(assinado digitalmente)*

Cristiane Silva Costa

## **Declaração de Voto**

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo

Não tendo sido apresentada no prazo regimental<sup>10</sup>, considera-se não formulada a declaração de voto.

---

<sup>10</sup> RICARF, Anexo II, art. 63:

(...)

§ 6º As declarações de voto somente integrarão o acórdão ou resolução quando formalizadas no prazo de 15 (quinze) dias do julgamento.

§ 7º Descumprido o prazo previsto no § 6º, considera-se não formulada a declaração de voto.