



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



**Processo nº** 16561.720154/2014-18  
**Recurso** Especial do Procurador e do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-004.559 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 03 de dezembro de 2019  
**Recorrentes** FAZENDA NACIONAL  
BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA

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

Ano-calendário: 2010, 2011

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.**

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, apenas quanto à transferência de ágio e, no mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, que lhe deram provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Lívia De Carli Germano e Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada). Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Demetrius Nichele Macei, Lívia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Junia Roberta Gouveia Sampaio

(suplente convocada), que lhe negaram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto, em ambos os recursos especiais, a conselheira Livia De Carli Germano.

(documento assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

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

## Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN", e-fls. 3121/3146) e por BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA ("Contribuinte" ou "Biosintética", e-fls. 3168/3210) em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1402-002.500 (e-fls. 3055/3119), na sessão de 16 de maio de 2017, no qual o Colegiado *a quo* negou provimento aos recursos de ofício e voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99, serão corretamente atendidos somente quando a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato), posto que não há previsão legal ampliadora dos aspectos pessoa e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Neste viés, indevida a amortização do ágio quando da transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar.

MULTA QUALIFICADA. INTENÇÃO FRAUDULENTE NÃO CARACTERIZADA. AFASTAMENTO DA PENALIDADE.

É inapropriada a aplicação da multa qualificada quando resta não demonstrada a intenção do contribuinte de sonegar total ou parcialmente o tributo. Não havendo prova da existência de dolo ou fraude, cabível o afastamento da qualificadora.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF n.º 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor

resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

#### TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Em se tratando de exigências reflexas de contribuições que têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do Imposto de Renda, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejudgado na decisão dos decorrentes.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2010 e 2011, com acréscimo de multa qualificada, a partir da constatação de dedução indevida de amortização de ágio decorrente de aquisição da Contribuinte por Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A (“Aché”), em continuação a procedimento fiscal que resultou em lançamento formalizado nos autos do processo administrativo n.º 16643.720001/2011-18 (e-fls. 1276/1314). A autoridade julgadora de 1ª instância manteve parcialmente a exigência, reduzindo a penalidade aplicada a 75%, submetendo esta exoneração a reexame necessário (e-fls. 2824/2884). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento aos recursos voluntário e de ofício.

Os autos do processo foram recebidos na PGFN em 03/07/2017 (e-fl. 3120), que restituiu os autos ao CARF em 04/08/2017 veiculando o recurso especial de e-fls. 3121/3146, no aponta divergência acerca da qualificação da penalidade.

O recurso especial da PGFN foi admitido pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 3150/3158, do qual se extrai:

O cotejo dos trechos colacionados pela Recorrente permite constatar que foi demonstrada a alegada divergência jurisprudencial. No caso do acórdão recorrido, a multa foi desqualificada, sob o argumento de que a reorganização societária realizada pelo contribuinte, mediante a utilização de empresa veículo e transferência do ágio, com o objetivo de reduzir o montante de tributo a pagar, não constitui fraude.

Diversamente, no caso do Acórdão n.º 1101-000.899, analisando casos concretos similares, em que restou caracterizada a utilização de empresa veículo para a transferência de capital em incorporação, entendeu-se pela manutenção da multa qualificada. Nesse sentido também é o entendimento do acórdão paradigma n.º 1301-002.0191, segundo o qual, diante de hipótese de ágio transferido, com a utilização de empresa veículo, em que o contribuinte promoveu reorganização societária desprovida de substância econômica e propósito negocial, com o único objetivo de reduzir o montante de tributo a pagar, manteve-se a qualificação da multa.

Argumenta a PGFN, com apoio em doutrina de Marco Aurélio Greco e manifestação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n.º 84.092, que o lançamento em tela *constatou que o sujeito passivo teria incorrido em evidente intuito de fraudar a Fazenda Nacional*, e assim se opõe ao entendimento exteriorizado pela autoridade julgadora de 1ª instância, e encampado pelo acórdão recorrido, porque a *contribuinte, juntamente com as outras empresas que fazem/faziam parte do seu grupo empresarial, tentou aproveitar de forma fiscal um ágio de forma indevida, transferindo-o de quem o efetivamente pagou para outra empresa. Para tanto, foram praticadas uma série de operações simuladas, ou seja, que existiram somente no papel, não na realidade*. Aponta existir duas vontades:

a) **uma vontade declarada** – aquisição de um investimento com ágio pela DELTA traduzido no valor de mercado da participação societária da BIOSINTÉTICA calculado na previsão de rentabilidade futura dessa última empresa, seguida da incorporação de uma empresa pela outra; e

b) **uma vontade real** – criação de um investimento artificial na DELTA a fim de aproveitar de forma fiscal um ágio que não foi suportado por nenhuma das duas empresas que participou da incorporação final.

E, evidenciada a *discrepância entre a realidade e a formalidade*, entre o que o grupo empresarial efetivamente pretendia e aquilo que foi declarado, afirma com suporte no art. 167, §1º, inciso II do Código Civil Brasileiro que *o investimento e a posterior incorporação foram dois negócios simulados em razão de seus conteúdos não serem verdadeiros*. Acrescenta que:

Em que pese a tentativa do grupo ACHÉ em dar uma aparência de legalidade (vontade declarada) às operações realizadas, ao se esmiuçar os fatos, vê-se que a vontade real das empresas era diversa daquela informada.

Assim, a simulação (desvirtuamento da vontade declarada) caracterizada pelo lançamento, em que pese se referir ao ágio pago pela ACHÉ quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA, fora materializada com o posterior aumento do capital da DELTA com essas quotas e a seguida incorporação dessa empresa pela BIOSINTÉTICA.

**O evidente intuito doloso da BIOSINTÉTICA nos ilícitos tributários cometidos resta caracterizado pela tentativa forçada de se tentar reduzir o montante de tributo a pagar com a amortização de um ágio que não é dedutível por sua natureza.**

Conforme já explanado, uma vez tendo sido o ágio transferido, não há como essa “mais valia” ser encaixada no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Tendo o grupo ACHÉ optado por essa forma de aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA (aquisição + transferência), não há como ele tentar amortizar a despesa com o ágio por meio do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Diferentemente seria se a ACHÉ tivesse incorporado a BIOSINTÉTICA, ou vice-versa.

Assim, como o grupo ACHÉ sabia desde o início que o ágio pago pela ACHÉ pelas quotas da BIOSINTÉTICA somente poderia ter a despesa com a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, com a incorporação de uma empresa pela outra, e essa união de patrimônios não era desejada, ela tentou de forma simulada transferir esse ágio a DELTA para, com isso, encaixá-lo no benefício fiscal e manter as duas empresas iniciais com seus patrimônios distintos.

Por essa razão que se diz que o contribuinte, juntamente com o seu grupo, mediante a simulação praticada, gozou o melhor de dois mundos: não alterou a sua situação patrimonial, e pode amortizar o ágio pago sobre sua própria participação societária (como se ela tivesse sido extinta no patrimônio de sua controladora).

Indica, ainda, outros pontos que também atestariam a conduta fraudulenta do contribuinte, pois:

Analisando a “engenharia societária” adotada pelo grupo ACHÉ, observa-se que a DELTA foi utilizada como verdadeira “empresa veículo”, ou seja, o aumento do capital dessa empresa visou unicamente à criação artificial do ágio. Esse fato, inclusive, é confessado pelo contribuinte em inúmeros trechos de suas defesas:

[...]

Ou seja, a DELTA, na realidade, nunca existiu. Ela foi constituída pelo grupo ACHÉ exclusivamente para participar da aquisição da BIOSINTÉTICA e, assim, permitir a dedução do ágio pago, ou seja, a sua transferência para outra empresa distinta daquela que o efetivamente suportou.

Sendo a DELTA uma “empresa veículo”, por consequência lógica tem-se que o investimento nela realizado pela ACHÉ e a sua incorporação pela BIOSINTÉTICA nunca existiram de verdade. Foram todos atos simulados.

Sobre esse aspecto, em que pese o recorrente citar a greve de servidores públicos, a burocracia do CADE, fato é que antes e depois da participação da DELTA na “engenharia societária”, a BIOSINTÉTICA não saiu do controle societário da ACHÉ. Esse é o principal ponto que atesta a participação da DELTA como ato simulado.

Olhando as operações societárias como “um filme”, vê-se que a participação da DELTA não teve qualquer outra finalidade, ou consequência, senão tornar o ágio pago pela ACHÉ amortizável pela BIOSINTÉTICA, sem que o patrimônio dessa última empresa fosse unido ao da primeira.

Por oportuno, quanto a alegada burocracia do CADE, como muito bem registrou a decisão de primeira instância, a decisão definitiva desse órgão de controle somente foi emanada muito tempo após a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA. Ora, este fato, por si só, demonstra a tentativa do contribuinte em tentar explicar o inexplicável.

No que tange à redução do imposto pago pela BIOSINTÉTICA, esta também é evidente.

Com a sequência de operações societárias realizadas, a BIOSINTÉTICA tornou certa uma rentabilidade futura e incerta, além de tê-la excluído da tributação do IRPJ e da CSLL.

Como consequência da incorporação, a BIOSINTÉTICA considerou perdido o lucro futuro e incerto que ele próprio poderia ter auferido, e, em razão da exclusão desse investimento nele mesmo, considerou que o artigo 386 do RIR/99 o permitiria deduzir a amortização desse ágio em sua conta de resultado.

Em outros termos, a BIOSINTÉTICA considerou como perda o cancelamento de um lucro próprio! Como já explanado, essa não é a intenção da legislação tributária aplicável.

Mostra-se assim, que, por meio da simulação praticada pelo contribuinte, ele tentou dar substância econômica a um ágio inexistente de fato, criado unicamente para reduzir a sua tributação. Ao analisar a reorganização societária executada, vê-se claramente que a razão para a criação do ágio não foi econômica, mas sim exclusivamente tributária.

Por meio da venda da participação societária da BIOSINTÉTICA pela ACHÉ a DELTA com a cobrança de ágio, sabendo-se que o objetivo final das operações era a unificação das duas empresas brasileiras, o grupo ACHÉ, por meio da BIOSINTÉTICA, procurou fazer parecer real um investimento inexistente com o fim específico de gerar uma vantagem fiscal indevida.

A simulação mostra-se inequívoca uma vez que havia motivos para a sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o negócio realizado (aumento de capital decorrente de um investimento) não foi executado materialmente.

Reporta-se a lições de Edmar Oliveira Andrade Filho para afirmar que, no presente caso, *não houve qualquer “filtro de sinceridade” com a realidade*. E conclui:

Destarte, a sonegação está caracterizada nos autos uma vez que o contribuinte fiscalizado, por meio da reorganização societária, retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Com a simulação praticada, o sujeito passivo tentou amortizar a perda de um investimento inexistente.

A fraude, correspondente à atitude dolosa do contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada ante os inúmeros fatos aqui apontados. Por meio de negócios simulados, o contribuinte tentou amortizar um ágio a despeito do que prevê a legislação vigente.

Por fim, quanto ao conluio, este é inegável uma vez que a reorganização societária envolveu todas as pessoas jurídicas que fazem/faziam parte do grupo ACHÉ. Não fosse o esforço conjunto de todas as empresas integrantes desse grupo, a simulação praticada não seria possível ser concretizada.

Sendo assim, pelos argumentos aqui expostos, demonstra-se cabalmente que o negócio praticado pela BIOSINTÉTICA foi realizado de forma simulada e com evidente intuito fraudulento. Por meio de uma aparente sequência de operações societárias, na verdade, o que a BIOSINTÉTICA procurou foi a redução da sua carga tributária. A qualificação da multa de ofício, assim, é inevitável.

Pede, assim, o conhecimento e provimento do recurso especial, *a fim de que seja restabelecida a qualificação da multa.*

Cientificada em 11/09/2017 (e-fls. 3164), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 25/09/2017 (e-fls. 3371/3395) na qual inicialmente traça *breve histórico das operações que resultaram no registro do ágio questionado*, expondo os seguintes pontos:

- *Busca de maior presença de mercado pela Recorrida – Criação de uma holding pura para a aquisição da Biosintética:* discorre sobre as negociações para aquisição da Biosintética pelo Grupo Aché, sobre a possibilidade de a operação levar a uma concentração de mercado com demanda de providências pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de modo que, na presença de incertezas quanto ao negócio e às exigências do CADE, somente no futuro seria possível decidir quanto à manutenção da Biosintética no Grupo Aché, à sua cisão para segregação de linhas de negócio ou à sua alienação total em face de contingências excessivas;
- *A Delta Par como real adquirente na operação:* afirma que foi ela criada especificamente para aquisição de Biosintética e para atuação nos três cenários antes mencionados, exercendo atividades de *holding* e protegendo *os legítimos interesses do grupo adquirente*, viabilizando que todos os cenários fossem implementados de maneira mais ágil e com um processo decisório mais direto, como se evidencia em seu estatuto que permitia determinadas ações por meio de *simples atos da diretoria*;
- *A greve dos serventuários da Secretaria da Receita Federal e a necessidade de se implementar a operação inicial pelo Aché:* a greve de 63 dias em 2005 teria impedido o registro de Delta Participações Farmacêuticas S/A (“Delta Par”) no CNPJ e impôs a aquisição de Biosintética diretamente por Aché, com a posterior transferência para a Delta Par. Ainda assim Delta Par figurou como interveniente na aquisição, *assumindo a obrigação de cumprir solidariamente todas e quaisquer obrigações assumidas pelo Aché*. Encerrada a greve, Aché integralizou as quotas de Biosintética em aumento de capital social de Delta Par;
- *A atuação da Delta Par como sociedade holding pura:* encerrados os trabalhos de avaliação e com o posicionamento favorável do CADE, em cerca de seis meses da aquisição da Biosintética promoveu-se a sua integração ao Grupo Aché, mediante incorporação de Delta Par, iniciando-se no mês seguinte a amortização do ágio pago; e
- *A greve da RFB como propósito negocial válido para aquisição do investimento pelo Aché:* neste sentido reconheceu a DRJ.

Na sequência, afirma *o não cabimento do recurso especial interposto pela PGFN*, em razão da *inaplicabilidade dos acórdãos paradigmas ao presente caso*. Isto porque o

paradigma n.º 1101-000.899 trataria de *prática de negócio jurídico fictício*, diversamente do presente caso, cujos atos *se destinaram efetivamente à aquisição de um novo investimento*. Já o paradigma n.º 1301-002.019 tratou de *prática de negócio jurídico sem substância econômica ou propósito negocial*, reportando-se a *ágio interno e a um modo de agir reiterado de pessoas físicas que constituem empresas sem propósito negocial próprio, que buscam a redução da carga fiscal de seus acionistas mediante operações de reorganização societária*. Ainda, a similitude fática estaria prejudicada *quanto ao objetivo de economia tributária através da criação de empresa veículo*, vez que a utilização de Delta Par se destinava a *proteger as demais sociedades do Grupo Aché dos potenciais riscos e incertezas envolvidos na aquisição da Recorrida, e, caso concretizadas após o investimento, viabilizar a célere efetivação de uma das alternativas antevistas*.

No mérito, afirma inexistir *qualquer conduta fraudulenta ou dolosa nas operações implementadas, ou qualquer indício de que a Recorrida realizou ato ilícito*. Ao contrário, *todos os atos realizados estão em total conformidade com a legislação societária vigente*. Destaca o reconhecimento no acórdão recorrido de que *não houve criação fictícia do ágio e observa que interpretações distintas entre o Fisco e o contribuinte sobre a legislação tributária não podem ser consideradas como fraude ou condutas dolosas*. E assevera que o intuito de fraude deve ser evidente, razão pela qual *o agravamento da multa tem como pressuposto a existência de um elemento de falsidade, inexistência ou omissão na conduta do contribuinte, o que não se verifica no caso concreto*.

Reporta-se a doutrina para afirmar que as ações ou omissões que caracterizam a fraude, *via de regra, ocorrem mediante adulteração das informações contidas nos livros e registros contábeis e fiscais do contribuinte*, estando demonstrado nos autos que *a Recorrida nunca omitiu ou alterou os documentos referentes aos fatos objeto de questionamento pelas autoridades fiscais*, bem como que os atos praticados tiveram *razões e motivações empresariais, concorrenciais e negociais claras*. Conclui, assim, que a *divergência na interpretação das normas aplicáveis não é suficiente para justificar a qualificação da multa*.

Aborda a jurisprudência do CARF acerca da caracterização de ação ou omissão dolosa, para afirmar que tais condutas *têm em sua essência a falsidade, o engodo, a intenção de enganar*, e reitera que no presente caso em nenhum momento foi demonstrado que *a Recorrida realizou ato ilícito visando a alterar o fato gerador e reduzir o valor de imposto a pagar*. Em seu entendimento *é evidente que a irresignação fiscal quanto aos efeitos fiscais dos atos realizados em nada se aproxima com a acusação da realização de atos fraudulentos*.

Invoca a Súmula CARF n.º 14 para reafirmar que a divergência na interpretação da lei tributária não é suficiente para qualificação da multa e transcreve ementas de julgados do CARF que afastaram a qualificação da penalidade em circunstâncias semelhantes às presentes.

Conclui que a multa qualificada *exige, além da infração tributária, a comprovação da participação e vontade do agente em cometer a infração*. *Não basta presumir que houve dolo no ilícito fiscal, este deve ser efetivamente e diretamente comprovado, com a indicação da conduta de cada um dos sujeitos envolvidos*.

Pede, assim, que seja negado provimento ao recurso especial da PGFN.

A Contribuinte também interpôs recurso especial em 25/09/2017 (e-fls. 3168/3210) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 3402/3407, do qual se extrai:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente **logrou êxito, apenas em parte**, em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado, **por matéria recorrida** (destaques do original transcrito):

**(1) “adoção de efeitos vinculantes em relação a entendimento proferido em decisão administrativa isolada”**

**Decisão recorrida:**

*Não há ementa correspondente a essa matéria.*

[...].

*Inicialmente, é preciso esclarecer que esta Turma já analisou a operação objeto dos autos de infração em exame (IRPJ e CSLL), quando do julgamento do Processo Administrativo nº 16643.720001/2011-18, relatado pelo i. Conselheiro Antonio José Praga de Souza e materializado no acórdão nº 1402-001.310, de 05 de dezembro de 2012, ocasião em que deu-se provimento, por unanimidade de votos, ao recurso voluntário do contribuinte, razão da interposição de recurso especial pela Procuradoria da Fazenda à Câmara Superior de Recursos Fiscais.*

*A CSRF, por sua vez, analisando a mesma operação, concluiu que “a transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos”, é “indevida a amortização do ágio pela recorrida”, conforme acórdão nº 9101-002.188, de 20 de janeiro de 2016, revertendo a decisão desta Turma.*

*Na verdade, os processos mencionados (o acima referido e o presente), são de fato conexos. Tal conclusão não é minha, mas defendida pelo próprio contribuinte, conforme relatado anteriormente (itens 7, 8 e 11 argumentos de impugnação).*

*Veja-se então o que prevê o Regimento Interno do CARF (RICARF) a respeito do tema:*

[...].

*Ainda que este Relator possa ter entendimento diferente no caso concreto, o fato é que a Câmara Superior de Recursos Fiscais tem a incumbência de uniformização de posicionamentos dentro da estrutura do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.*

*Na hipótese de a parte, por exemplo, em coerência com seu próprio argumento de defesa, tivesse requerido a distribuição dos presentes autos ao relator do processo anterior, a decisão tomada neste seria necessariamente a mesma naquele.*

*Assim sendo, reitero: por coerência ao argumento do contribuinte de que este processo trata exatamente do mesmo fato daquele julgado junto à CSRF, argumento ao qual me filio, curvo-me ao posicionamento firmado por esta Colenda Câmara, adotando o seu voto vencedor, relatado pelo i. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, como razão de mérito para decidir no presente processo administrativo.*

**Acórdão paradigma nº 1301-002.266, de 2017:**

**PROCESSOS CONEXOS. JULGAMENTO POR TURMAS DIFERENTES. VINCULAÇÃO.**

*A existência de vinculação entre processos não impõe ao órgão julgador adotar a mesma decisão já proferida em processo conexo julgado anteriormente.*

[...].

*Os autos de infração relativos aos anos de 2007 a 2010, foram objeto do processo administrativo fiscal nº 10120.721005/2011-28. Consta no sítio do*

*CARF que, através do Acórdão n.º 1101-001.052, proferido pela 1ª Turma Ordinária/1ª Câmara/1ª Seção, na sessão de 11/03/14, foi negado provimento ao recurso voluntário relativamente à tributação do ganho de capital. Tendo em vista que o recurso especial interposto pelo contribuinte não foi admitido, transitou em julgado o Acórdão da Turma Ordinária, o qual foi assim ementado:*

[...].

**Acórdão paradigma n.º 1301-002.430, de 2017:**

*PROCESSOS VINCULADOS. DECISÕES ADMINISTRATIVAS DIVERGENTES. POSSIBILIDADE.*

*A existência de vinculação entre processos não impõe ao órgão julgador adotar a mesma decisão já proferida em julgamento anterior relativo às autuações dos anos-calendário de 2006 e 2007.*

[...].

*O fato jurídico tributável objeto da presente lide foi apreciado em 1ª e 2ª instâncias administrativas, em razão da impugnação e recurso voluntário apresentados, bem assim, dos embargos opostos pela PGFN, nos autos do processo 16327.000992/2010-11. Em virtude da falta de apresentação de recurso especial pela PGFN, a decisão proferida no acórdão de recurso voluntário n.º 1402-001.925 – 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, de 03/03/2015, tornou-se definitiva administrativamente.*

Com relação a essa primeira matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas.**

Enquanto na **decisão recorrida** tratou-se de decisão da **CSRF, revertendo a decisão da Turma**, em processo conexo, nos **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 1301-002.266, de 2017, e 1301-002.430, de 2017), **ao contrário**, tratou-se de decisão de outra **Turma Ordinária** [1ª Turma Ordinária/1ª Câmara/1ª Seção e 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, respectivamente], em processo conexo.

São, pois, **situações fáticas distintas**, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a **similitude fática** entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo **matéria semelhante**, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

Sendo assim, para configurar o dissídio jurisprudencial, nessa matéria, caberia à Recorrente apresentar acórdãos paradigmas apreciando **situação semelhante** à abordada na decisão recorrida (*mesmo em se tratando de decisão da **CSRF, revertendo a decisão da Turma**, em processo conexo...*) e decidindo em sentido contrário a ela (*...não cabe adotar, por coerência, o mesmo entendimento daquele tribunal uniformizador*).

Há que se destacar, por oportuno, que, embora essa distinção entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados possa parecer irrelevante à primeira vista, foi ela **crucial** para o posicionamento do acórdão recorrido, conforme se observa do seguinte trecho de seu voto condutor (sublinhei):

*Ainda que este Relator possa ter entendimento diferente no caso concreto, o fato é que a Câmara Superior de Recursos Fiscais tem a incumbência de uniformização de posicionamentos dentro da estrutura do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.*

(2) “**aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997**”

**Decisão recorrida:**

*ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. PESSOA JURÍDICA INTERPOSTA. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.*

*Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como os artigos 385 e 386 do RIR/99, serão corretamente atendidos somente quando a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato), posto que não há previsão legal ampliativa dos aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. Neste viés, indevida a amortização do ágio quando da transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar.*

**Acórdão paradigma nº 1302-002.060, de 2017:**

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

*A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.*

**Acórdão paradigma nº 1201-001.811, de 2017:**

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE DO “BENEFÍCIO FISCAL”. Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 permitem o aproveitamento fiscal da amortização do ágio, desde que este seja legítimo e desde que haja confusão patrimonial entre empresa investida e investidora, o que ocorre em razão de fusão, incorporação ou cisão. A utilização de empresa veículo, sem aparecimento de novo ágio, não viola nenhum requisito para usufruir o “benefício legal” em questão.*

No que se refere a essa segunda matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu ser *indevida a amortização do ágio quando da transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1302-002.060, de 2017, e 1201-001.811, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *a utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude (primeiro acórdão paradigma) e que a utilização de empresa veículo, sem aparecimento de novo ágio, não viola nenhum requisito para usufruir o “benefício legal” em questão [artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97] (segundo acórdão paradigma).*

**(3) “aplicação de juros calculados com base na Taxa SELIC sobre a parcela da multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/1996”**

**Decisão recorrida:**

*JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.*

*A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF nº 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o cômputo de juros sobre a multa.*

**Acórdão paradigma nº 9202-002.600, de 2013:**

*JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.*

*Os juros de mora à taxa SELIC só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada proporcionalmente.*

**Acórdão paradigma n.º 9101-000.722, de 2010:**

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.*

Por fim, no tocante a essa terceira matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, [...] se iniciará o cômputo de juros sobre a multa*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9202-002.600, de 2013, e 9101-000.722, de 2010) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *os juros de mora à taxa SELIC só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada proporcionalmente (primeiro acórdão paradigma)* e que *os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada (segundo acórdão paradigma)*.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas**.

Cientificada da admissibilidade parcial de seu recurso (e-fl. 3409/3411), a Contribuinte não apresentou agravo.

Depois de historiar os fatos, de descrever a evolução do processo administrativo, e expor os requisitos de admissibilidade de seu recurso especial, a Contribuinte afirma, na parte admitida de seu recurso especial, inicialmente no que se refere à “divergência na interpretação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97”, que seria impróprio qualificar Delta Par como “empresa veículo”, bem como adotar esta circunstância como um dos elementos para considerar a operação societária abusiva, porque, também no que se refere ao conceito de “real investidor”, *a legislação tributária não traz qualquer restrição à amortização do ágio por questões de fato relacionadas à constituição, duração ou atividades das sociedades investidoras*. Ademais, faltaria base fática para a caracterização de Delta Par como “empresa veículo”, porque ela *foi empresa regularmente constituída, que cumpriu o seu objeto social de sociedade holding*. Acrescenta que *uma sociedade é sempre “veículo” de projetos, interesses, negócios e que, no caso em tela em nenhum momento se logrou caracterizar que a Delta Par tenha veiculado qualquer finalidade que viole a lei, seja tributária seja de outra natureza qualquer*.

Novamente descreve *o propósito da Delta Par na aquisição de investimento na Recorrente e a atuação da Delta Par como sociedade holding pura* em termos semelhantes aos apresentados em contrarrazões ao recurso especial da PGFN. Na sequência, expõe *o atual entendimento do E. CARF sobre “empresas-veículo”, asseverando que o termo se tornou um “clichê” que vem sendo utilizado pelas autoridades fiscais de forma indiscriminada e sem qualquer critério, como ocorre no presente lançamento, o qual carece de motivação legal*. Cita acórdãos que *decidiram que a existência de outras razões negociais que vão além do benefício fiscal da amortização do ágio, apenas ratifica a validade e eficácia da operação, uma vez que ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configuraria hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão, embora aqui não tenha sido esta a razão das operações examinadas*. Reporta-se a outros julgados segundo os quais *o uso de “empresa-veículo” e de incorporação reversa, por si sós, não invalidam as operações societárias*.

Prossegue defendendo nos artigos 385 e 386 do RIR/99 *não há qualquer referência ou restrição que sustente o fundamento de que a pessoa jurídica que amortizou o ágio seria pessoa jurídica distinta da investidora “original”*. Logo, o acórdão recorrido criou *premissas antijurídicas e sem qualquer previsão na legislação que rege a matéria*.

Acrescenta que *o conceito de “adquirente original” não apresenta qualquer relevância na aplicação dos artigos 385 e 386 do RIR/99, uma vez que cada aquisição de investimento levará ao desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio, e isto em qualquer transação, como as situações em que determinada sociedade recebe, em integralização de capital, participação societária em outra empresa, com a conseqüente baixa contábil na pessoa jurídica alienante e sua consideração na apuração de seu resultado não operacional*. Sob esta ótica, aduz:

275. No momento em que a Delta Par recebeu o investimento na Recorrente por meio da integralização em aumento de capital realizada pelo Aché, a Delta Par emitiu novas quotas em favor do Aché e a Delta Par desdobrou o custo de aquisição do investimento em valor de patrimônio líquido e ágio, o qual foi integralmente fundamentado economicamente na rentabilidade futura da Embargante, conforme refletido no laudo econômico elaborado pelo Banco Pactual. Nem poderia ter ocorrido de maneira diferente, haja vista que desde o início a intenção era que a aquisição fosse feita diretamente pela Delta Par, o que apenas não ocorreu devido à greve dos serventuários da RFB.

Reporta-se a doutrina para reafirmar que *a lei não limita o ato ou negócio jurídico para a qual a aquisição de participação societária tenha ocorrido para fins do registro de ágio, bem como a manifestação desta 1ª Turma no Acórdão n.º 9101-001.657*.

Discorre sobre as pretensões do legislador ao editar a Lei n.º 9.532/97, defendendo que era desejado *que esse mecanismo fosse utilizado em sua amplitude pelo contribuinte que efetivamente pagou determinados ágios na aquisição de investimentos em outras sociedades, e não que sua utilização fosse restringida ou revogada de fato como se dá pela sucessão de infundados autos de infração sobre o tema, como o presente*.

Reitera que *não houve qualquer desrespeito às normas legais pela Recorrente e acrescenta que a Delta Par sempre foi a adquirente original do investimento, sendo essa a intenção dos acionistas do Aché desde a constituição da Delta Par*, circunstância que atenderia as premissas do acórdão recorrido para autorizar a amortização do ágio, e que desde antes alegada não teria sido examinada no acórdão recorrido. Mais uma vez expõe as razões para assim afirmar, já reportadas em contrarrazões ao recurso especial da PGFN.

Para defender a *ausência de prejuízo ao Fisco*, assevera que a amortização do ágio seria possível se Aché fosse incorporado por Biosintética, ou Biosintética incorporasse Aché, bem como em caso de *cisão parcial do Aché e o acervo cindido incluindo o investimento e o ágio na Biosintética ser incorporado pela Biosintética*. Discorda da afirmação do acórdão recorrido no sentido de que a amortização somente seria possível se a recorrida incorporasse o Aché, asseverando que *não faz qualquer sentido o acórdão recorrido reconhecer que existiria outra forma de estruturar a presente operação de aquisição de investimento que também levaria à amortização do ágio, e desconsiderar justamente aquela que foi eleita pela Recorrente, uma vez que todas elas levariam ao mesmo resultado: a aquisição das quotas da Biosintética pelo Grupo Aché e a amortização do ágio gerado na aquisição de tal investimento*. Acrescenta que nenhuma das referidas estruturas atenderia aos já mencionados propósitos societários e empresariais do Grupo Aché na aquisição do investimento na Biosintética.

Informa que simulou os efeitos da união entre o Aché e o Recorrente e concluiu que os recolhimentos de IRPJ e CSLL de 2006 a 2011 seriam reduzidos em mais de R\$ 4,1 milhões, considerando os recolhimentos promovidos neste período conforme documentos nº 19 a 31 juntados à impugnação.

Por fim, manifesta sua discordância quanto à aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, concluindo que não previsão legal para tal cobrança.

Cientificada em 19/01/2018 (e-fls. 3414), a PGFN apresentou contrarrazões em 05/02/2018 (e-fls. 3415/3439) na qual confronta as alegações da Contribuinte porque:

13. Não obstante as operações societárias realizadas pelo grupo ACHÉ visarem à aquisição da BIOSINTÉTICA, **a realização de uma sequência de operações societárias com o exclusivo objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a serem recolhidos pela empresa final exorbitou esse propósito negocial.**

14. **Um ágio que originalmente é pago por uma empresa e posteriormente é transferido a outra não pode ter a despesa com a sua amortização deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL, de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.**

15. O ágio computado na BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA não é dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autorize tal dedutibilidade.

Além de historiar as *alterações societárias realizadas pelo grupo empresarial do qual o contribuinte faz parte*, a PGFN discorre sobre o alcance e objetivo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, classificando-o de benefício fiscal porque permitida a amortização *independentemente da alienação ou liquidação do investimento*, classificando de “ficção fiscal” a extinção cogitada na lei, com amparo em doutrina que cita. Sob esta ótica, defende que a dedução do ágio somente se verifica na *situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99*, conforme art. 111 do CTN, e acrescenta:

32. Vale destacar, por último, que, **para existir**, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). **Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.**

33. Por **propósito negocial**, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, **a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.**

34. Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

35. O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um **negócio comutativo**, onde as partes contratantes, **interdependentes entre si** e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

36. À guisa de exemplo, se em um negócio o alienante pede pelo seu bem ou direito determinado sobrepreço, essa “mais valia” a ser paga pelo adquirente deve ser justificada pela expectativa de algum ganho. **Se não há previsão de ganho, não há porque existir ágio.**

Prossegue abordando a necessidade de causa material que dê ensejo ao ágio ou deságio e reportando-se ao Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, para concluir que *a aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.*

Aborda a necessidade de “*confusão patrimonial*”, a partir da qual *a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com a “mais valia”, e defende que para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial”. O investidor deve se confundir com o seu investimento. Já no presente caso, não houve “confusão patrimonial” da “mais valia” com o investimento que lhe deu causa.*

Discorrendo sobre a motivação da aquisição do investimento na autuada por ACHÉ, a PGFN observa que *mesmo com a transferência do ágio a outra empresa do mesmo grupo econômico, o ágio pago pela ACHÉ em face da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA permaneceu intocável em seu patrimônio, só que travestido em ações de outra controlada (a empresa DELTA), não mais como o ágio da compra da BIOSINTÉTICA em si. Ou seja, ainda que de forma indireta, o ágio originalmente pago pela ACHÉ sempre teve seu retorno garantido a ela.*

Conclui, assim, que não houve “*confusão patrimonial*” e, assim, o ágio não pode ser aproveitado na forma do art. 386 do RIR/99. Somente se Aché incorporasse Biosintética, ou vice-versa, a dedução fiscal da amortização seria possível. Assim, *a ACHÉ, na verdade, tentou transformar o ágio por ela pago quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ela a quem ela quisesse. A ACHÉ tentou “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.*

Ressalta, ainda, que na cessão das quotas de Biosintética à Delta, Aché não registrou qualquer ganho de capital, a evitar a simulação em razão da qual essa “*mais valia*” pode ser aproveitada de forma fiscal por mais de uma empresa, mesmo tendo sido ele efetivamente pago somente uma única vez, dado que o “*reflexo contábil*” do “*ágio real*” permanece no patrimônio de quem efetivamente pagou.

Aborda o julgamento proferido no processo nº 16643.720001/2011-18 e, *também com fundamento no que ficou decidido pela CSRF, pugna a Fazenda Nacional pela manutenção do presente lançamento, negando-se provimento ao recurso especial.*

Finaliza defendendo o cabimento de juros de mora sobre a multa de ofício.

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Gerson Macedo Guerra mas com sua saída deste Colegiado, promoveu-se novo sorteio. Contudo, o novo relator, Conselheiro Demetrius Nichele Macei, declarou-se impedido de atuar como relator em razão de ter atuado como relator dos recursos voluntário e de ofício. Seguiram-se, então, novos sorteios ao Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado e, com a saída deste, a esta Conselheira.

Fl. 15 do Acórdão n.º 9101-004.559 - CSRF/1ª Turma  
Processo n.º 16561.720154/2014-18

## Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

### Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento em relação às matérias “aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97” e “aplicação de juros calculados com base na Taxa SELIC sobre a parcela da multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/1996”.

Quanto à “aplicação de juros calculados com base na Taxa SELIC sobre a parcela da multa, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/1996”, cabe negar conhecimento ao recurso especial, vez que nos termos do art. 67, §3º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, *não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso*. E, neste sentido, em 03/09/2018, depois da interposição do recurso especial e de sua admissibilidade neste ponto, foi sumulado o entendimento adotado no acórdão recorrido:

#### **Súmula CARF nº 108**

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes:

CSRF/04-00.651, de 18/09/2007; 103-22.290, de 23/02/2006; 103-23.290, de 05/12/2007; 105-15.211, de 07/07/2005; 106-16.949, de 25/06/2008; 303-35.361, de 21/05/2018; 1401-00.323, de 01/09/2010; 9101-00.539, de 11/03/2010; 9101-01.191, de 17/10/2011; 9202-01.806, de 24/10/2011; 9202-01.991, de 16/02/2012; 1402-002.816, de 24/01/2018; 2202-003.644, de 09/02/2017; 2301-005.109, de 09/08/2017; 3302-001.840, de 23/08/2012; 3401-004.403, de 28/02/2018; 3402-004.899, de 01/02/2018; 9101-001.350, de 15/05/2012; 9101-001.474, de 14/08/2012; 9101-001.863, de 30/01/2014; 9101-002.209, de 03/02/2016; 9101-003.009, de 08/08/2017; 9101-003.053, de 10/08/2017; 9101-003.137, de 04/10/2017; 9101-003.199, de 07/11/2017; 9101-003.371, de 19/01/2018; 9101-003.374, de 19/01/2018; 9101-003.376, de 05/02/2018; 9202-003.150, de 27/03/2014; 9202-004.250, de 23/06/2016; 9202-004.345, de 24/08/2016; 9202-005.470, de 24/05/2017; 9202-005.577, de 28/06/2017; 9202-006.473, de 30/01/2018; 9303-002.400, de 15/08/2013; 9303-003.385, de 25/01/2016; 9303-005.293, de 22/06/2017; 9303-005.435, de 25/07/2017; 9303-005.436, de 25/07/2017; 9303-005.843, de 17/10/2017.

Já com referência à matéria “aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, cabe esclarecer que, embora o paradigma nº 1302-002.060 tenha tratado de ágio formado em operações realizadas entre partes ligadas, houve interposição de empresa-veículo para viabilizar o aproveitamento do ágio, e o voto condutor do julgado afirmou regular a amortização fiscal sob o entendimento, inclusive, de que a Lei *não dispõe sobre as formas admitidas para os negócios jurídicos referidos, e nem cabe à Fiscalização condicionar tais formas*. Veja-se:

Conforme a exposição acima transcrita, a “aquisição” presente no art. 385, II, do RIR/99, é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies. **No caso, a subscrição de ações de uma empresa em outra é uma espécie, isto é, um meio pelo qual se pode adquirir uma empresa, seja por incorporação, cisão ou fusão.**

Além disso, a legislação acima colacionada exige a presença de um fundamento econômico, e discrimina os possíveis fundamentos para tanto. Portanto, presente qualquer dos fundamentos elencados no dispositivo, a operação caracteriza-se como

onerosa, e o ágio é existente. Não há, como dito alhures, exigência de um pagamento efetuado por terceiros para que se caracterize a onerosidade da operação. Neste ponto, também discordo da decisão de 1ª instância.

[...] Assim, o ágio formado quando a companhia Serrana S/A incorporou as ações das empresas Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, as quais continuaram existindo como subsidiárias integrais daquela, consistiu em autêntica incorporação de ações, regulada pelo art. 252 da Lei 6.404/76, e apta a ensejar a amortização fiscal procedida.

[...] Pois bem, nesse mérito é importante ressaltar que a inteligência dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 de fato considera a possibilidade de operações de reestruturação societária objetivando a efetiva amortização do ágio apurado. Não há nestes, ou em quaisquer outros dispositivos legais, restrições quanto à forma empregada nas reorganizações, desde que, ressalta-se, não haja fraude ou dissimulação.

[...] In casu, observa-se que a empresa Bunge II foi constituída sob a forma de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, designada unicamente para atender aos interesses societários, entre eles estando o de segregar os ágios obtidos nas aquisições da Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes. Assim, fica evidente que o intuito final da constituição da empresa foi possibilitar a amortização do ágio registrado anteriormente.

No entanto, não há dispositivo legal a proibir a sobredita reorganização societária, ou seja, a Lei apenas disciplina a forma como deve se dar a amortização do ágio anteriormente registrado (incorporação, fusão e cisão), contudo, não dispõe sobre as formas admitidas para os negócios jurídicos referidos, e nem cabe à Fiscalização condicionar tais formas.

[...] Portanto, tendo em conta a inexistência de norma legal a proibir a conduta adotada pelo contribuinte, aliado a inexistência de prática de conduta fraudulenta ou simulada, reputo válidas as operações societárias procedidas para segregação e amortização fiscal do ágio.

#### **Conclusão**

Ante o exposto, rejeito a preliminar de decadência suscitada, e no mérito DOU provimento ao Recurso Voluntário. (*destaques do original*).

O segundo paradigma nº 1201-001.811, por sua vez, tratou de ágio pago em aquisição de ações detidas por terceiros, seguindo-se a transferência da participação societária a sociedade *holding* que, na sequência, foi incorporada pela investida, de modo a viabilizar a amortização fiscal do ágio. O posicionamento favorável à dedução destas amortizações foi revertido por esta 1ª Turma na sessão de 09/07/2019, conforme Acórdão nº 9101-004.223, de relatoria da Conselheira Viviane Vidal Wagner, e assim ainda se mostrava apto a caracterizar a divergência na data de interposição do recurso especial, não se verificando o óbice previsto no art. 67, §15 do Anexo II do RICARF, alterado pela Portaria MF nº 39/2016.

Dessa forma, ambos paradigmas mostram-se divergentes do acórdão recorrido orientado pelo entendimento de que *a utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.*

Por tais razões, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, apenas no que se refere à “aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97”.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

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

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

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

[...]

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

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

Trata-se, portanto, de ágio pago em aquisição de investimento entre partes não ligadas, mediante interposição de pessoas jurídicas que são extintas mediante incorporação pela sociedade adquirida, viabilizando-se a amortização do ágio, embora a real adquirente subsista ativa. E, diversamente da conclusão do recorrido, no paradigma afirmou-se fraudulenta esta operação, sendo mantida a qualificação da penalidade.

Quanto ao segundo paradigma (Acórdão n.º 1301-002.019), foi validada a acusação fiscal na qual constou a ressalva de que *ainda que existisse propósito comercial na Multimodal, o ágio gerado na incorporação de ações da Brasil Ferrovias e da Novo Oeste Brasil pela ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA não poderia sequer ter sido transferido para a "empresa veículo" em tela*, mas não é possível concluir, pelo relato das operações realizadas, que se tratou, ali, de ágio interno. Embora presente esta indicação na ementa do paradigma destinada à qualificação da penalidade, no voto condutor do julgado consta que o ágio surge em operação de incorporação de ações, sem ser classificada como interna ao grupo empresarial, e é transferido a sociedade *holding*. Veja-se:

A autoridade fiscal relata os seguintes fatos, que em resumo, peço licença para reprisá-los:

**ORIGEM DO ÁGIO**

*O ágio sob enfoque teve origem em operação de reorganização societária efetivada em 2006, consubstanciada na incorporação da totalidade das ações emitidas pela empresa BRASIL FERROVIAS S.A., CNPJ 02.457.269/000150*

*bem como da sua subsidiária integral a NOVOESTE BRASIL S.A, pela ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S/A, CNPJ 02.387.241/000160, fundamentado, conforme disposto no Fato Relevante conjunto datado de 31/05/2006, em razão dos valores econômicos das ações objeto da incorporação, serem superiores aos respectivos valores de patrimônio líquido contábil.*

#### **TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO**

*A amortização do ágio em comento, sob o ponto de vista fiscal, não seria vantajosa para a holding ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S/A, CNPJ n.º 02.387.241/000160, já que suas despesas e receitas advêm, via de regra, de equivalência patrimonial, que são neutras tributariamente. Assim, foram executados os procedimentos a seguir arrolados, para efetuar a transferência do ágio para as empresas operacionais:*

*a) Em 03/12/2007, a ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S/A, CNPJ n.º 02.387.241/000160 (ALL), juntamente com a ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ n.º 07.749.207/000102 (ALL Participações), adquiriram a empresa J.P.E.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e integralizaram o capital social (ainda apenas subscrito), em moeda corrente, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais); 499 quotas da ALL e 01 quota da ALL Participações (quota esta posteriormente cedida para a ALL);*

*b) Na mesma data da aquisição, resolveram aumentar o capital social de R\$ 500,00 (Quinhentos reais) para R\$ 2.512.083.580,00 (dois bilhões, quinhentos e doze milhões, oitenta e três mil, quinhentos e oitenta reais), aumento subscrito e integralizado pela ALL, mediante a conferência da totalidade das ações da BRASIL FERROVIAS S/A, e NOVOESTE BRASIL S/A.*

*c) 25/07/2008, a J.P.E.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ n.º 09.085.491/000191, incorporou, a valor patrimonial contábil, as empresas BRASIL FERROVIAS S.A., CNPJ n.º 02.457.269/000127, NOVOESTE BRASIL S.A., CNPJ n.º 07.593.583/000150 e NOVA FERROBAN S/A, CNPJ n.º 04.004.203/000107.*

*d) Em 29/10/2008, as denominações sociais das companhias foram alteradas, passando de Ferrovias Bandeirantes S/A (FERROBAN S/A) para ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S/A; de Ferrovias Novoeste S/A (NOVOESTE S/A) para ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA OESTE S/A e de Ferrovias Norte Brasil (FERRONORTE S/A) para ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA NORTE S/A*

*e) Em 5/11/2009, a MULTIMODAL PARTICIPAÇÕES LTDA (nova denominação social da J.P.E.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA) incorporou a NOVA BRASIL FERROVIAS S/A, CNPJ n.º 09.371.732/000162, com patrimônio líquido contábil de R\$ 169.502.379,49 (cento e sessenta e nove milhões, quinhentos e dois mil, trezentos e setenta e nove reais e quarenta e nove centavos), igual ao investimento detido pela Incorporadora, cujo capital social permaneceu, pois, inalterado.*

*f) Em 30/11/2009, encerrando a operação, foi aprovada a cisão total da empresa MULTIMODAL PARTICIPAÇÕES LTDA, sendo vertidas as parcelas de seu patrimônio líquido cindido (valor contábil) para a ALL Malha Oeste, ALL Malha Paulista e ALL Malha Norte. No caso específico da ALL Malha Norte, o acervo líquido incorporado no valor de R\$ 395.405.821,85 (trezentos e noventa e cinco milhões, quatrocentos e cinco mil, oitocentos e vinte e um reais e cinquenta e cinco centavos), correspondeu exclusivamente à participação que a cindida detinha em seu capital social, motivo porque não houve aumento do mesmo.*

*Assim, com a cisão total da Multimodal, o valor integral do ágio existente foi transferido para cada sociedade controlada, cabendo à ALL Malha Norte o*

*montante de R\$ 2.050.356.234,91 (dois bilhões, cinquenta milhões, trezentos e cinquenta e seis mil, duzentos e trinta e quatro reais e noventa e um centavos).*

*A transferência do ágio da ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICAS/A, CNPJ n.º 02.387.241/000160, para a ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA NORTE S/A, CNPJ n.º 24.962.466/000136, com passagem pela empresa MULTIMODAL PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ n.º 09.085.491/000191, é totalmente descabida e inaceitável, pois tal operação somente seria possível em caso de fusão, cisão ou incorporação, com a conseqüente extinção das empresas fusionadas, cindidas ou incorporadas, o que não ocorreu no caso presente, O ágio em comento foi transferido em uma operação de aumento de capital, realizado pela ALL América Latina Logística S/A, na empresa Multimodal Participações Ltda (então denominada J.P.E.S.P.E. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA).*

*Ainda que fosse lícito o aproveitamento do ágio pela fiscalizada, tal operação não poderia ter sido engendrada porquanto a empresa MULTIMODAL PARTICIPAÇÕES LTDA malgrado ter sido formalmente constituída de acordo com a legislação vigente, não possuiu nenhum propósito negocial, tendo sido criada tão somente com o propósito de possibilitar a dedução indevida das despesas com a amortização do ágio gerado na operação de incorporação das ações da Brasil Ferrovias S/A e da Novo Oeste Brasil S/A pela AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S/A da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

Como visto, resta claro, que no caso dos autos, a adquirente da Brasil Ferrovias e da Novoeste foi a ALL – Logística e não a Multimodal Participações, ao passo que foi esta última, e não a ALL Logística, quem absorveu o patrimônio das empresas adquiridas.

#### MULTA QUALIFICADA

A rigor, os fundamentos utilizados pela autoridade fiscal para qualificar a multa aplicada nos termos previstos no art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996, podem ser extraídos dos fragmentos abaixo transcritos, retirados do Relatório Fiscal.

*'A empresa ALL América Latina Logística S/A, com o propósito de eximir-se do pagamento do IRPJ e da CSLL, utilizou mecanismo tendente a burlar a Fazenda Pública, utilizando-se dolosamente de uma "empresa veículo", sem propósito negocial e inexistente de fato, criada com o único objetivo de possibilitar o transporte do ágio, a fim de que a fiscalizada pudesse deduzir as correspondentes despesas de amortização da base de cálculos dos referidos tributos.*

*Outrossim, consoante demonstrado alhures, ainda que existisse propósito negocial na Multimodal, o ágio gerado na incorporação de ações da Brasil Ferrovias e da Novo Oeste Brasil pela ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA não poderia sequer ter sido transferido para a "empresa veículo" em tela.*

*Com efeito, tal operação engendrada pelas empresas do Grupo ALL materializa a conduta fraudulenta, prevista no artigo 72 da Lei n.º 4.502/1964, na medida em foi uma ação dolosa, tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal do IRPJ e da CSLL relativo aos anos de 2009 e 2010.'*

Observa-se, pois, diante dos fatos retratados, não restar dúvidas de que a fiscalizada agiu intencionalmente (dolosamente) no sentido de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, das suas condições pessoais, afetando, assim, as obrigações tributárias principais.

**No caso vertente, a meu ver, a qualificação da penalidade é ínsita à própria infração imputada (art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996 c/c art. 72 da Lei 4.502/1964), vez que a irregularidade apontada encontra seu maior suporte no artificialismo da reorganização societária empreendida.**

Sou, pois, pela manutenção da multa aplicada de 150%."

Inexistindo evidências de que o ágio analisado no referido paradigma teria sido constituído internamente ao grupo empresarial, a motivação para manutenção da multa qualificada resta vinculada, apenas, à forma como realizada a reorganização societária, que guarda similitude com o caso tratado nestes autos por também se valer de sociedade *holding* como “empresa veiculo”, interposta entre adquirente e adquirida e, na sequência, extinta, para viabilizar a amortização fiscal do ágio.

Assim, demonstrado o dissídio jurisprudencial acerca do cabimento da multa qualificada, deve ser CONHECIDO o recurso especial da PGFN.

#### Recurso especial da Contribuinte - Mérito

Na matéria “**aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97**”, a Contribuinte afirma a regularidade das operações societárias que originaram as amortizações de ágio glosadas no lançamento em debate. Deduções com a mesma origem, promovidas nos anos-calendário 2006 a 2009, foram glosadas nos autos do processo administrativo nº 16643.720001/2011-18 e já apreciadas por este Colegiado que, na sessão de 20 de janeiro de 2016, por maioria de votos, deu provimento a recurso especial da PGFN para restabelecer a exigência, *vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luis Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. A Conselheira Livia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões* do Relator, Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, acompanhado também pelos Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, Adriana Gomes Rêgo, André Mendes de Moura e Carlos Alberto Freitas Barreto. A decisão foi formalizada no Acórdão nº 9101-002.188.

As razões de decidir expostas no referido julgado, a seguir transcritas, são aqui adotadas por refletirem o entendimento desta Conselheira acerca da matéria:

Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/2007-83, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103-001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

*"Para se tratar em ágio, há que se, inicialmente, falar do investimento em sociedades coligadas e controladas avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), conforme previsto no art. 384 do RIR/99. A principal característica do método é de se permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.*

*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 n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

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.

Dentre os três critérios, assume relevância, **para o caso concreto**, aquele que consiste no 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.

As variações no patrimônio líquido da 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 controladora.

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 n.º 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso IV).*

(...)

*É por isso que a investidora, ao registrar o ágio em conta de ativo, não promove a sua amortização para fins fiscais. Não poderia ser diferente, vez que a "mais valia", decorrente da expectativa de rentabilidade futura, foi paga em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, e que serão tributados **na própria investida**. Por sua vez, a repercussão de tais lucros na investidora dar-se-á pelo MEP, que não é objeto de tributação. Dessa maneira, como os lucros não são tributados na investidora, não há que se falar em amortização do ágio na investidora. 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.*

*Portanto, percebe-se que, na regra geral, para fins fiscais, o ágio não é dedutível na apuração do lucro real.*

*Contudo, tal cenário está sujeito a mudanças.*

*O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.*

*Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos 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 n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, 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 n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, 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)*

*Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.*

*Por sua vez, 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 no art. 386 do RIR/99:*

*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 a apuração de lucro real, levantados posteriormente a incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;***

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes 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.*

*A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).*

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

*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 debate se dirige à investidora, **aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela** a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas **distintas** da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **peçoal**.*

*A respeito do aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.*

*Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas**.*

*Ainda, 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...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.*

*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."*

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o *caput* do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação.

*§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 8º):*

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

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

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei n.º 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato impondível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser

detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. Por bem adequadas, transcrevo palavras da recorrente:

*"Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado ... de ser dedutível, cita-se aquele que fora ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, qual seja: ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.*

*Por certo, tal como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas neste recurso, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre de o encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio com esse mesmo ágio. Em face dessa "confusão patrimonial", a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com a "mais valia".*

*Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.*

*Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica **que efetivamente suportou o ágio** pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. **O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária.** Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.*

*De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. **O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.***

*Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa."*

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL. (*destaques do original*)

Nestes termos, resta afastada a objeção da Contribuinte acerca da aplicação do conceito de “real investidor” para negar-lhe o direito às deduções glosadas, assim como infirmada a defesa de que *a legislação tributária não traz qualquer restrição à amortização do ágio por questões de fato relacionadas à constituição, duração ou atividades das sociedades investidoras*. A confusão patrimonial prevista na legislação deve se operar mediante união do investimento, com seu ágio, e do patrimônio da empresa que produzirá o lucro que justificou o ágio pago. E aquele investimento é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

É certo que, por meio das operações realizadas, a amortização do ágio se verificou em contrapartida à expectativa de lucros que motivou seu pagamento. Contudo, para que este resultado atenda às disposições dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, é fundamental a absorção de patrimônio envolvendo efetivamente investidora e investida, como bem exposto nas lições de Ricardo Mariz de Oliveira<sup>1</sup>:

Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição da dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que “a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra”, segundo o “caput” do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer “em virtude de incorporação, fusão ou cisão”.

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra “b”, dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada “incorporação para baixo” ou “down stream merger”) do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a “incorporação para cima” ou “up stream merger”), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas) pessoas jurídicas, por um dos atos jurídicos previstos nos dois artigos.

Está claramente demonstrado nestes autos que a aquisição do controle societário da atuada foi deliberada pelos sócios de Aché em 14/10/2005 e implementada no Contrato de Compra e Venda de Quotas, datado de 17/10/2005, no qual Aché figura como compradora encarregada das transferências bancárias em favor dos vendedores da participação societária em

<sup>1</sup> Fundamentos do Imposto de Renda, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 766.

Biosintética, e *Delta Participações Farmacêuticas S/A* – *sem número de CNPJ* consta, apenas, como interveniente anuente. Delta Par tem sua constituição aprovada pelos sócios de Aché em 27/09/2005, é constituída com capital social de R\$ 100,00 em 28/09/2005 e em 30/11/2005 recebe aumento de capital social equivalente ao valor do investimento adquirido por Aché em Biosintética, mediante integralização por Aché das ações desta, avaliadas com base no mesmo laudo utilizado na aquisição de Biosintética por Aché. Quatro meses depois, em março de 2006, as sócias de Biosintética, com a presença dos representantes de Aché, decidem que Biosintética incorporará Delta Par, momento em que Aché volta a ser titular da participação societária em Biosintética. Em abril de 2006 tem início a amortização fiscal do ágio.

Admitir que esta replicação do custo do investimento autorize outra pessoa jurídica a figurar como adquirente do investimento significa dizer que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão n.º 1101-000.961:

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

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

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

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

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

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

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária*

**adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n.º 135, de 30.10.2003)**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

*II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)*

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida<sup>2</sup>. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

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

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

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

[...]

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

Como se vê, a legislação exige que a confusão patrimonial tenha, necessariamente, como uma das integrantes, a pessoa jurídica que **detenha participação**

---

<sup>2</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

*societária adquirida com ágio. Ou seja, esta pessoa jurídica deve não só deter a participação societária, como também tê-la adquirido com ágio, não bastando que a receba por transferência. Impróprio, assim, argumentar que nos artigos 385 e 386 do RIR/99 não há qualquer referência ou restrição que sustente o fundamento de que a pessoa jurídica que amortizou o ágio seria pessoa jurídica distinta da investidora “original”.*

Ainda que cada deslocamento do investimento enseje, como alegado, o *desdobramento do custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio*, fato é que na adquirente original o valor pago pelo investimento permanece registrado em seu ativo, passível de dedução como custo, caso alienado. Isto porque não se trata, como parece querer afirmar a Contribuinte, de alienação de investimento a terceiros, da qual decorre a baixa contábil *na pessoa jurídica alienante* e sua consideração *na apuração de seu resultado não operacional*, pois em tais circunstâncias a participação societária alienada é substituída, no ativo da alienante, por bens ou direitos de outra natureza, recebidos como pagamento. Já a participação societária em Biosintética, adquirida por Aché, foi temporariamente substituída em seu patrimônio por participação societária em Delta Par e, com a incorporação desta por Biosintética, o investimento original retornou no mesmo montante ao patrimônio de Aché, muito embora parte deste custo replicado fosse classificada como passível de amortização fiscal pela autuada.

Resta demonstrado, assim, que a aquisição reportada na lei tem contornos próprios e não pode ser equiparada a qualquer alienação decorrente de outros atos ou negócios jurídicos, em especial aqueles em razão dos quais o custo da participação societária reste duplicado na cadeia de investimentos do grupo empresarial.

Neste sentido, é pertinente a transcrição dos argumentos validamente desenvolvidos pela PGFN em suas contrarrazões:

50. Voltando ao caso ora em análise, destaca-se que ele não cumpre o requisito aqui definido como necessário ao gozo do benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Com a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA, **não houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas quotas da BIOSINTÉTICA com o própria BIOSINTÉTICA. Quem efetivamente adquiriu a BIOSINTÉTICA não a incorporou.**

51. Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. **Não houve “confusão patrimonial” da “mais valia” com o investimento que lhe deu causa.**

52. A fim de demonstrar a ausência de “confusão patrimonial” entre o ágio criado quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA e o patrimônio dessa mesma empresa quando da incorporação da DELTA, destacar-se-ão dois pontos: a um, **quem de fato arcou com o pagamento do ágio da participação societária da BIOSINTÉTICA foi a ACHÉ;** a dois, **mesmo com a transferência do referido ágio para a DELTA, essa “mais valia” nunca saiu do patrimônio de seu adquirente originário, a ACHÉ.**

53. No que tange ao efetivo pagamento do ágio registrado pela BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA, quem o de fato suportou foi a ACHÉ. **O ágio aqui discutido não foi pago nem pela empresa incorporada, nem pela incorporadora.**

54. Reprisando os conceitos delineados anteriormente, **o propósito negocial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pela BIOSINTÉTICA se encontram na operação societária realizada entre os antigos sócios da BIOSINTÉTICA e a ACHÉ.** A integralização do aumento do capital da DELTA pela ACHÉ apenas significou a **transferência desse ágio;** não a sua criação, o seu surgimento.

55. Quanto ao **propósito negocial** que deu origem ao ágio, como dito pelo contribuinte, a aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA decorreu do intuito do grupo ACHÉ de **ampliar sua participação no mercado de medicamentos (“market share”)**, e, assim, se tornar a maior indústria farmacêutica brasileira.

56. Desta feita, com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, tem-se que o propósito negocial do ágio decorrente da compra da participação societária da BIOSINTÉTICA se constitui no **grande interesse do grupo ACHÉ de expandir suas atividades no Brasil por meio da BIOSINTÉTICA**. O interesse no patrimônio tangível e intangível da BIOSINTÉTICA justificou, assim, o pagamento da “mais valia” pelo grupo ACHÉ.

57. Acerca do substrato econômico do ágio, esse aspecto é ainda mais inegável. A **transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à participação sobre a BIOSINTÉTICA ocorreu de fato entre a ACHÉ e os antigos sócios da BIOSINTÉTICA**.

58. Com isso, mostra-se que **o ágio registrado pela BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pela ACHÉ quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA**. Foi a ACHÉ quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição.

59. Da criação desse ágio não participaram em nenhum momento nenhuma das empresas envolvidas na operação societária que deu ensejo a dedução de sua amortização. Nem a BIOSINTÉTICA, nem a DELTA, arcaram de fato com o pagamento da “mais valia” registrada, assim como sequer possuíam propósito negocial ao seu registro.

61. Definida a titularidade do ágio aqui discutido na pessoa da ACHÉ, demonstrar-se-á agora que a **“mais valia” por ela paga nunca saiu do seu patrimônio, mesmo após a sua transferência a DELTA**.

62. Por certo, mesmo com a transferência do ágio a outra empresa do mesmo grupo econômico, o ágio pago pela ACHÉ em face da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA permaneceu intocável em seu patrimônio, **só que travestido em ações de outra controlada (a empresa DELTA), não mais como o ágio da compra da BIOSINTÉTICA em si**.

63. Por exemplo, com a integralização do aumento de capital da DELTA, a ACHÉ trocou no ativo de seu patrimônio, pelo mesmo valor, as quotas e o ágio que possuía da BIOSINTÉTICA pela participação societária da DELTA. Com as posteriores operações societárias realizadas, **a ACHÉ nunca se desfez do ágio adquirido, apenas o transformou formalmente em investimentos em outra controlada**.

64. Assim, mesmo tendo havido a integralização do aumento do capital da DELTA pela ACHÉ com as quotas da BIOSINTÉTICA, **o ágio pago pela ACHÉ nunca foi de fato transferido a sua controlada**. A expectativa do retorno em face do ágio adquirido pela ACHÉ nunca restou extinta. **Ainda que de forma indireta, o ágio originalmente pago pela ACHÉ sempre teve seu retorno garantido a ela**.

65. Por essa razão, tem-se que **o ágio registrado na DELTA significou um mero “reflexo contábil” do ágio originalmente pago pela ACHÉ**.

66. Dessa feita, ante os dois pontos aqui expostos, demonstra-se que **o ágio registrado na BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99, pois, em face dessa incorporação, não há a “confusão patrimonial” entre o ágio pago na aquisição de um investimento e esse próprio investimento**.

67. Como visto, o ágio decorrente da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA foi criado pela ACHÉ, e do patrimônio dessa empresa nunca saiu. Sendo exclusivo da ACHÉ, esse ágio **não há como ser aproveitado nos termos do**

**artigo 386 do RIR/99 numa operação societária realizada entre suas controladas. O imprescindível encontro entre o ágio e o investimento que lhe deu causa se mostra assim impossível.**

68. Nesse diapasão, destaca-se que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA ser dedutível ocorreria caso essa “mais valia” encontrasse a própria BIOSINTÉTICA. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Como muito bem destacado pelo Termo de Verificação Fiscal, caso a ACHÉ tivesse incorporado a BIOSINTÉTICA, ou vice-versa.

69. Caso o ágio pago tivesse encontrado efetivamente o investimento que lhe deu origem, a sua amortização seria dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99. Na presente lide, como não o foi, não há benefício fiscal a ser reconhecido.

70. O encontro patrimonial proporcionado pela incorporação da BIOSINTÉTICA com a DELTA ocorreu apenas **entre as quotas da BIOSINTÉTICA e o “reflexo contábil” do ágio pago sobre essa participação societária pela ACHÉ**. A participação societária que a DELTA possuía em face do ágio (pago originalmente pela ACHÉ) decorrente da BIOSINTÉTICA foi extinta com a incorporação realizada, **contudo, lá no patrimônio da ACHÉ, esse mesmo ágio permaneceu intocável, travestido na participação societária da DELTA**. Ora, não havendo a extinção do investimento, não há que se falar em dedução da despesa da amortização do ágio pago na sua aquisição!!

71. Vê-se, assim, que a ACHÉ, na verdade, tentou transformar o ágio por ela pago quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ela a quem ela quisesse. A ACHÉ tentou “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

72. Portanto, a conclusão adotada pela Fiscalização se mostra acertada e irretocável. **Uma vez o ágio registrado pela BIOSINTÉTICA não tendo sido efetivamente suportado nem pela BIOSINTÉTICA nem pela DELTA, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99.**

73. Compulsando os documentos trazidos pelo recorrente, observa-se que o ágio registrado inicialmente na DELTA fora originalmente pago pela ACHÉ, o qual, **com a finalidade precípua de obter o benefício fiscal** que poderia ser originado com essa “mais valia”, o transferiu contabilmente a outra empresa.

74. A intenção do legislador ao permitir a dedução da despesa com amortização do ágio oriundo da aquisição de uma participação societária foi beneficiar o real adquirente de uma participação societária, não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse.

[...]

76. Por fim, destaca-se que, caso seja admitida a possibilidade da transferência do ágio pago pela ACHÉ para a DELTA, ter-se-á que se admitir também a existência de duas situações, no mínimo, curiosas (para não qualificar de outra forma).

77. Em primeiro lugar, **estará sendo admitido que a ACHÉ, ao integralizar o aumento de capital da DELTA com as quotas da BIOSINTÉTICA, apure ganho de capital, mesmo tendo ela “alienado” essas quotas pelo mesmo valor que as adquiriu (custo de aquisição)**

78. Com efeito, como o ganho de capital nada mais é do que a outra face da moeda que contém o ágio, se a DELTA teoricamente suportou um ágio quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA, não há como negar que **a ACHÉ teve que registrar um ganho de capital decorrente dessa operação**. Contudo, observando os números envolvidos na aquisição da BIOSINTÉTICA pelo grupo ACHÉ desde o seu início, percebe-se que **a ACHÉ cedeu a DELTA as quotas que possuía da BIOSINTÉTICA pelo mesmo valor que pagou aos antigos sócios dessa última empresa (R\$ 491.200.000,00).**

79. É sabido que, literalmente, o ágio tem como base de apuração do valor do patrimônio líquido do investimento adquirido. Porém, **demonstra-se aqui que a simulação praticada pelo recorrente junto com o seu grupo empresarial destoa tanto da realidade que chega a criar uma situação impossível de ocorrer no mundo fático.**

80. Como segunda consequência curiosa, tem-se que **a transferência do ágio permite que essa “mais valia” possa ser aproveitada de forma fiscal por mais de uma empresa, mesmo tendo ele sido efetivamente pago somente uma única vez.**

81. Como demonstrado anteriormente, a transferência do ágio a outra empresa não cancela o pagamento dessa “mais valia” no patrimônio de quem o efetivamente pagou. Assim, **tanto o “ágio real” como o seu “reflexo contábil” poderiam ser amortizados a qualquer tempo**, a depender, lógico, do cumprimento dos requisitos formais estipulados pela legislação.

82. No caso concreto, como o ágio pago sobre as quotas da BIOSINTÉTICA nunca saiu do patrimônio da ACHÉ (ágio real), mesmo após a amortização do “reflexo contábil” desse ágio pela BIOSINTÉTICA após a incorporação da DELTA, **nada que esse “ágio real” seja posteriormente amortizado pela ACHÉ, por exemplo, com a eventual incorporação dessa empresa pela BIOSINTÉTICA, ou vice-versa.**

83. Destarte, mostra-se quão inviável é a transferência do ágio. Além de não ser previsto legalmente, a sua admissão implica efeitos ineficazes e manifestamente indesejáveis. *(destaques do original)*

Discorda-se, ainda, das referências feitas pela Contribuinte acerca das pretensões do legislador ao editar a Lei nº 9.532/97, e que no seu entendimento seria indicativas de benefício fiscal mediante *mecanismo* a ser utilizado *em sua amplitude pelo contribuinte que efetivamente pagou determinados ágios na aquisição de investimentos em outras sociedades*. Na redação então vigente do art. 34 do Decreto-lei nº 1.598/77<sup>3</sup>, a perda de capital verificada na incorporação, fusão ou cisão de investimento adquirido com ágio era dedutível desde que o acervo líquido vertido fosse avaliado a preços de mercado. Contudo, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532/97 expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

---

<sup>3</sup> 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:

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;

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.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

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

b) mantiver, 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.

§ 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.

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

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

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

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532/97 podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra antes citada. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

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

Efetivada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532/97 a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro real, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Esta abordagem não autoriza a conclusão de que a Lei nº 9.532/97 tenha instituído um benefício fiscal. A regra expressa em seus artigos 7º e 8º, nos termos de sua exposição de motivos, prestou-se, na verdade, a evitar planejamentos tributários que viabilizassem a dedução de ágios, como perda de capital, qualquer que fosse seu fundamento.

Na sistemática vigente, a amortização do ágio realizada pela investidora permanece indedutível na apuração do lucro real, e somente gera efeitos na alienação ou liquidação do investimento. Já a amortização do ágio realizada após a extinção do investimento não precisa ser adicionada ao lucro real, desde que o ágio esteja fundamentado em rentabilidade futura e a amortização observe o limite temporal mínimo estabelecido pela legislação.

Contudo, como já dito, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Aché permaneceu titular da participação societária e na mesma condição de controlador da Biosintética.

A Contribuinte se empenha em contestar a classificação de Delta Par como “empresa-veículo”, afirmando que ela *foi empresa regularmente constituída, que cumpriu o seu objeto social de sociedade holding*, até porque *uma sociedade seria sempre “veículo” de projetos, interesses, negócios* e inexistiria prova de *que a Delta Par tenha veiculado qualquer finalidade que viole a lei, seja tributária seja de outra natureza qualquer*.

Ocorre que a adquirente da participação societária foi Aché, e as outras razões negociais apontadas pela Contribuinte não alteram esta realidade e não se prestam a justificar o formato adotado. Exigências do CADE por concentração de mercado poderiam ser solucionadas em qualquer posição que a Biosintética se encontrasse no Grupo Aché. Facilidades no processo decisório da *holding*, a alegada dificuldade de registro da Delta Par no CNPJ e sua participação como interveniente na aquisição não infirmam a constatação de que o investimento em Biosintética foi adquirido com sacrifício dos ativos de Aché. Apenas evidenciam que, como dito pela própria Contribuinte, era intenção dos acionistas da Aché que a Delta Par fosse constituída para figurar como adquirente, a confirmar que a decisão de adquirir o investimento sempre foi de Aché, aspecto determinante para identificar o investidor originário, como bem expõe o Conselheiro André Mendes Moura no Acórdão nº 9101-002.304:

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.

Logo, as justificativas para interposição de Delta Par não afetam as conclusões acerca da indedutibilidade das amortizações de ágio e merecem análise mais aprofundada, apenas, no exame do cabimento da multa qualificada.

Com respeito às cogitações feitas pela Contribuinte acerca de outros formatos que poderiam ter sido adotados para amortização do ágio pago, inclusive no que se refere às simulações de cálculo dos tributos que seriam devidos caso Aché incorporasse a Contribuinte, desnecessária se mostra qualquer manifestação deste Colegiado, pois importa aqui, apenas, a forma escolhida pelo grupo empresarial. Estes são os fatos efetivamente ocorridos e que norteiam a definição dos fatos geradores de IRPJ e CSLL nos períodos autuados, razão pela qual, ao contrário do que entende a Contribuinte, faz todo o *sentido o acórdão recorrido reconhecer que existira outra forma estruturar a presente operação de aquisição de investimento que também levaria à amortização do ágio, e desconsiderar justamente aquela que foi eleita pela Recorrente.*

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte na parte admitida.

#### Recurso especial da PGFN - Mérito

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

Contudo, o presente caso exhibe como agravante o fato de Aché ter efetivamente adquirido a participação societária em Biosintética, figurando contratualmente como compradora e efetuando os pagamentos correspondentes, para somente depois transitar este investimento, durante quatro meses, sob titularidade de Delta Par, que sequer representava um CNPJ inscrito à época da aquisição. Neste cenário, não é possível vislumbrar nenhuma justificativa razoável para esta titularidade transitória do controle da autuada por Delta Par, que não a construção de um cenário que aparentasse aquele autorizado em lei para amortização fiscal do ágio pago por Aché.

A acusação fiscal claramente demonstra todo o processo decisório, por parte dos sócios de Aché, para aquisição do investimento e sua posterior transferência para Delta Par, merecendo destaque esta segunda parte, assim descrita no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 1276/1314:

16. No dia 27 de setembro de 2005, em Assembleia Geral Extraordinária a empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos SA, CNPJ 60.659.463/0001-91, em Ata registrada na Jucesp sob o nº 302.611/05-8, aprovou a constituição da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A., nos seguintes termos (**doc. 11**):

Os Acionistas, por unanimidade de votos e sem quaisquer restrições, deliberam o quanto segue:

(i) **Constituição da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A.** Aprovar a Constituição da Delta Participações Farmacêuticas SA., uma sociedade por ações de capital fechado, cujo estatuto social e respectivos atos constitutivos encontram-se anexos, a qual terá seu capital inial integralmente detido por esta

Companhia (99 ações ordinárias) e pela Magenta Participações SA. (1 ação ordinária).

(ii) **Aumento de Capital da Delta Par.** Aprovar o oportuno aumento de capital da Delta Par, cujos recursos se destinarão à aquisição do controle societário da Empresa-Alvo do Projeto Delta. Se até a data da conclusão da negociação persistir a greve da Secretaria da Receita Federal, que tem impedido a obtenção do Cadastro Nacional de Pessoa jurídica — CNPJ e, em decorrência, a abertura e movimentação de conta bancária da Delta Par, o aumento de capital ora aprovado será feito com a própria participação societária adquirida, (destaques são do original).

17. Um dia após, 28/09/2005, as empresas Ache Laboratórios Farmacêuticos S.A. e Magenta Participações S.A. se reuniram para a constituição da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A., conforme se pode observar na Ata da Assembleia Geral de Constituição da Sociedade por Ações, **doc. 12**.

18. Consta que o capital social de R\$ 100,00 (cem reais) foi totalmente subscrito e integralizado pelos acionistas, Aché com 99 ações ordinárias no valor total de R\$ 99,00 e Magenta com 1 ação ordinária no valor de R\$ 1,00.

19. No ato de constituição foram eleitos os seguintes membros da diretoria da Companhia:

- Eloi Domingues Bosio — CPF 577.349.848-00, como diretor-presidente.
- José Ricardo Mendes da Silva - CPF 011.288.748-14, como diretor vice-presidente.

20. Ambos eram diretores das empresas Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. e Magenta Participações S.A., sendo que o primeiro exercia o cargo de Diretor Presidente nas duas empresas.

21. O Estatuto Social da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A., informa que a Companhia tinha como objeto social a participação em outras sociedades, civis ou comerciais, nacionais ou estrangeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, além da gestão e a comercialização de bens próprios, (**doc. 12**).

22. Em 30 de novembro de 2005, a Assembleia Geral Extraordinária realizada na empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A. tinha como ordem do dia a:

- (i) ratificação da nomeação realizada pelos administradores da Companhia de empresa especializada para avaliação das quotas de emissão da Biosintética Farmacêutica Ltda ("Biosintética");
- (ii) aprovação do Laudo de Avaliação das quotas de emissão da Biosintética;
- (iii) aumento do capital social da Companhia;
- e (iv) outros assuntos de interesse da Companhia.

23. Nesta mesma Assembleia houve, então, a ratificação da nomeação e a aprovação do Laudo de Avaliação elaborado pelo Banco Pactual, com base no critério de perspectiva de rentabilidade futura. Vale informar que este é o mesmo Laudo utilizado na aquisição da Biosintética pelo Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., em outubro de 2005.

24. Consta no item 5.3 da referida Ata de Assembleia, **doc. 13**, a seguinte deliberação sobre o aumento do capital da empresa Delta:

5.3 Aumento do capital social da Companhia. Aprovar o aumento do capital social da Companhia da RS 100,00 (cem reais) para RS 490.651.760,13 (quatrocentos e noventa milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta reais e treze centavos), mediante a emissão de 490.651.660 (quatrocentas e noventa milhões, seiscentas e cinquenta e uma mil, seiscentas e sessenta) ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, e pelo preço de emissão de RS 1,00 (um real) por ação, totalizando RS 490.651.660,13 (quatrocentos e noventa milhões, seiscentas, cinquenta e um mil, seiscentos e sessenta reais e treze centavos). As ações ora emitidas são, neste ato, totalmente subscritas e integralizadas pelo Aché, por meio da entrega, à Delta Par da

totalidade das quotas de emissão da Biosintética de propriedade do Aché, no valor total de RS 490.651.660,13 (quatrocentas e noventa milhões, seiscentos e ànquenta e um mil, seiscentos e sessenta reais e terze centavos), conforme laudo de avaliação emitido pelo Banco Pactuai e aprovado no item 5.2 supra. A acionista Magenta Participações S. A. renuncia expressamente, neste ato, ao seu direito de preferência em relação à presente subscrição em favor de Aché.

25. A fiscalizada foi intimada (Termo de Intimação n.º 02, **doc. 14**) a indicar os motivos ou fins da operação de **constituição** da empresa Delta Participações Farmacêuticas S.A., CNPJ n.º 07.655.916/0001-29, e informar quais seriam os benefícios esperados de natureza empresarial, patrimonial, legal, financeira, tributária e/ou quaisquer outros efeitos positivos, bem como os eventuais fatores de risco envolvidos. Respondeu que a Delta Participações Farmacêuticas S.A. foi estrategicamente constituída para a aquisição de investimento na empresa Biosintética, da qual se extrai o trecho abaixo (**doc. 15**):

Esclareça-se que não se vislumbraram benefícios de natureza tributária na aquisição pela Delta da Biosintética, uma vez que tal aquisição teve os mesmos efeitos fiscais que seriam aplicáveis na hipótese de aquisição pela empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A ou qualquer outra empresa do Grupo. A aquisição da Biosintética pela Delta motivou-se pelas razões estratégicas de natureza empresarial, comercial, patrimonial e legal (...)

26. Na mesma resposta (**doc. 15**), a empresa alega que por motivo de greve na Secretaria da Receita Federal, o pagamento referente à aquisição da Biosintética foi feito pelo Aché e que na sequência integralizou o capital social da empresa Delta com a totalidade das quotas da nova empresa do Grupo.

27. Alegou ainda, que o Grupo Aché decidiu pela compra da Biosintética de forma separada em decorrência dos seguintes objetivos:

(i) permitir uma detalhada análise da área de produtos genéricos, que não correspondiam à expertise e tradição do Grupo Aché, a fim de permitir uma potencial segregação e alienação, caso fosse recomendável; (ii) permitir a detalhada análise dos produtos das diferentes áreas de negócios e dos seus respectivos contratos, a fim de decidir pela manutenção ou não de um ou mais produtos e dos ativos a eles vinculados; e (iii) permitir uma melhor avaliação das potenciais contingências vinculadas à Biosintética, a fim de decidir pela manutenção da empresa no Grupo ou pela sua alienação pela Delta.

28. Através do Termo de Intimação n.º 03, **doc. 35**, a Contribuinte foi intimada a informar os motivos ou fins da operação de **incorporação** da empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., CNPJ n.º 07.655.916/0001-29, pela Biosintética, destacando os benefícios esperados de natureza empresarial, patrimonial, legal, financeira, tributária e/ou quaisquer outros efeitos positivos, bem como os eventuais fatores de risco envolvidos e para que fossem destacados os resultados alcançados.

29. Além disso, também foi intimada a apresentar cópia do intitulado "**Projeto Delta**", referido em Ata de Assembleia Geral Extraordinária da empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A, realizada em 27/09/2005, conforme resposta ao item 5 do Termo de Intimação n.º 02/2010.

30. No tocante ao primeiro questionamento limitou-se a responder praticamente com as mesmas justificativas que já havia apresentado para a decisão de constituir a empresa Delta, conforme resposta ao o Termo de Intimação n.º 02.

31. Em relação ao segundo tópico, não apresentou qualquer documento intitulado "**Projeto Delta**", e esclareceu que este foi um nome atribuído pelo Grupo Aché ao processo de aquisição da empresa Biosintética, a fim de preservar o sigilo necessário durante o período das negociações, (**doc. 15**).

Delta Par era, assim, apenas um ente concebido pelos sócios de Aché para figurar como extensão do caixa daquela sociedade na aquisição do investimento em Biosintética. Contudo, nem mesmo esta precária concepção foi implementada, vez que Delta Par não obteve sua inscrição no CNPJ a tempo. Por sua vez, as justificativas apresentadas pela Contribuinte à Fiscalização evidenciam que o Grupo Aché pretendia manter a segregação dos negócios da adquirida enquanto analisava as diferentes áreas de atuação e as potenciais contingências, mas estas pretensões foram e se mantêm implementadas, justamente, ao se evitar a incorporação entre Biosintética e Aché. Logo, a interposição de Delta Par prestou-se a atender a este interesse negocial, incompatível com a confusão patrimonial exigida pela legislação, mas resultou na criação artificial de uma incorporação com a participação da adquirida para atrair a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

É possível que, como alegado pela Contribuinte à Fiscalização, a incorporação entre Biosintética e Aché resultasse em benefícios de natureza tributária semelhantes aos verificados na operação que deslocou para o patrimônio de Biosintética a dedução fiscal do ágio pago por Aché. Aliás, a Contribuinte agora alega que a redução de tributos seria até maior que o montante lançado, caso a incorporação se verificasse entre Biosintética e Aché. Contudo, fato é que, desde a decisão de adquirir Biosintética, os sócios de Aché não tinham interesse em integrar as atividades das empresas, motivo pelo qual as *razões estratégicas de natureza empresarial, comercial, patrimonial e legal* indicadas para a pretendida aquisição de Biosintética pela Delta Par apenas objetivava alcançar as vantagens de amortização fiscal do ágio sem a integração dos negócios, como exigido pela lei tributária.

Aliás, esta motivação foi destacada pela autoridade lançadora ao transcrever o *Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação (doc. 20) entre Delta Participações Farmacêuticas S.A. e Biosintética Farmacêutica Ltda:*

#### 1. JUSTIFICAÇÃO

CONSIDERANDO que a DELTA PAR é controladora da BIOSINTÉTICA, sendo titular da totalidade do seu capital social, com exceção da única quota detida pela MAGENTA PARTICIPAÇÕES SA. ("MAGENTA");

CONSIDERANDO que, uma vez realizada a aquisição da BIOSINTÉTICA, vem sendo realizada uma série de ações visando ao conhecimento e controle da operação farmacêutica da BIOSINTÉTICA;

CONSIDERANDO que as administrações das empresas têm o compromisso com uma série de ações visando ao aproveitamento de sinergias operacionais, administrativas e econômicas da operação farmacêutica;

**1.4 CONSIDERANDO que, finalmente, a incorporação pela BIOSINTÉTICA da INCORPORADA é evento integrante do grupo de ações com esse objetivo, vindo a permitir, ainda a melhoria do fluxo de caixa da BIOSINTÉTICA, resultante da amortização do ágio pago quando da aquisição da INCORPORADORA;**

(...)

#### 5. TRATAMENTO DO ÁGIO

Montante do Agio a ser Amortizado e Benefício Fiscal: O montante do ágio a ser vertido para a BIOSINTÉTICA, em conformidade com o descrito neste Protocolo e Justificação, está fundamentado com base na expectativa de rentabilidade futura da BIOSINTÉTICA. Consoante a legislação em vigor, considerando-se prazo mínimo de amortização de 5 (cinco) anos para a BIOSINTÉTICA, o montante do ágio a ser amortizado será de R\$ 438.189.656,45 (quatrocentos e trinta e oito milhões, cento e oitenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) e **o benefício fiscal estimado a ser aproveitado na BIOSINTÉTICA será de R\$**

**148.984.483,19** (cento e quarenta e oito milhões, novecentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e três reais e dezenove centavos).

Incorporação da Reserva Especial de Ágio: O ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS SA. terá a faculdade de, na qualidade de acionista controlador, incorporar ao capital da BIOSINTÉTICA a reserva especial de ágio nela registrada, *(negrejou-se)*

A autoridade lançadora também registrou a inexistência de evidências operacionais de Delta Par, nos seguintes termos:

03. Após a entrega da documentação solicitada em **24/06/2014 (doc. 30)**, um novo termo de intimação foi entregue em **22/10/2014 (doc. 31)** visando a obtenção de documentos que comprovassem a operação da empresa Delta durante sua existência, o que não foi respondido e nem comprovado adequadamente. Sendo assim, um novo termo de intimação fiscal foi lavrado em **04/11/2014 (doc. 32)**. Em resposta protocolada em **10/11/2014**, o Contribuinte apresentou cópia do Livro Registro Diário Geral, os Balanços Patrimoniais de seu curto período de vida e suas Demonstrações de Resultado (**doc. 33**). Neles se pode verificar que os lançamentos estão restritos a transferências da **Aché**, pagamento de pequenas despesas da **Delta** e resultado por equivalência patrimonial da **Biosintética**. Não há nenhuma despesa que demonstre a operacionalidade da **Delta**, ou seja: custos das instalações, de funcionários, de prestadores de serviços, etc.

A Contribuinte, desde a impugnação, apresenta as justificativas reiteradas em contrarrazões para a interposição de Delta Par. A maior parte delas foram refutadas pela autoridade julgadora de 1ª instância, nos seguintes termos:

Reconheço que a intenção original dos acionistas da Aché não era que esta adquirisse diretamente a BIOSINTÉTICA mas que a DELTA o fizesse conforme deixa claro a Ata da assembléia Geral Extraordinária realizada em 27/09/2005 (fls 211/212). Tal intento não foi possível por dificuldades na regularização da obtenção do CNPJ da DELTA por conta de uma greve dos Técnicos da Receita Federal (atuais analistas) servidores desta Receita Federal do Brasil. A DELTA foi constituída em 28/09/2005 (fls. 604 e ss) e, em 17/10/2005, quando a Aché pagou o valor de R\$ 490.651.660,13 aos antigos sócios da Biosintética adquirindo-a a greve ainda não tinha terminado, conforme comprova artigo da Folha de São Paulo de 25/10/2005, acostado pela contribuinte às fls. 2220/2221 (e disponível para confirmação na Internet). Entendo que esteja devidamente demonstrada a premência que a contribuinte tinha em celebrar o negócio em face da concorrência preferindo que a aquisição se desse diretamente pela ACHÉ e não pela recém criada DELTA.

A contribuinte também alega que o grupo empresarial ACHÉ necessitava de uma estrutura que permitisse mais agilidade em suas decisões para alienar a participação societária em si ou mantê-la e decidir por uma reorganização através de incorporação ou cisão.

Segundo alega, a reorganização via incorporação, cisão ou fusão de sociedades controladas somente poderia ser implementada após aprovação do Conselho de Administração e, em seguida, deliberação e aprovação em AGE por mais de 80% das ações com direito a voto. Por outro lado o estatuto social da DELTA permitia que tais operações fossem implementadas por simples atos de diretoria.

Compulsando os ditos estatutos não me foi possível comprovar as alegações da contribuinte. O estatuto da ACHÉ, acostado às fls. 2248 a 2254, está incompleto.

Além de não ter a assinatura das partes que o subscrevem não consta o artigo 15, justamente o que trata dos votos necessários às deliberações que decidiriam sobre reorganização societária (na sequência de parte do *caput* do art. 12 foram suprimidos os artigos 13, 14 e parte do 15).

Ademais a ACHÉ, na condição de acionista controladora da BIOSINTÉTICA precisou de apenas dois diretores para representá-la por ocasião da incorporação da DELTA (sua controlada) pela BIOSINTÉTICA, os Srs. José Ricardo Mendes da Silva e Eloi Domingues Bosio, também diretores na DELTA. Seria tão difícil alienar ou cindir a BIOSINTÉTICA caso o CADE se manifestasse contrário à sua aquisição mantendo-a como controlada direta da ACHÉ? Pela parte dos estatuto da ACHÉ constante dos autos não foi possível aferir como se daria sua representação conforme expus.

Já uma possível “blindagem patrimonial” da ACHÉ ao pretender que a aquisição direta da BIOSINTÉTICA se desse pela holding DELTA me parece a única alegação plausível para explicar um objetivo negocial além do interesse de auferir a amortização do ágio. Afinal o patrimônio da ACHÉ, neste caso, não ficaria exposto a ações trabalhistas, fiscais, ou outras contingências e demandas judiciais. Da forma como foi integralizado o aumento do capital da Delta com a participação societária da BIOSINTÉTICA pela ACHÉ o objetivo da “blindagem patrimonial” pode ter sido prejudicado em parte. Mas, como vimos, esta não era a intenção original da ACHÉ.

Havendo um objetivo negocial plausível para que a DELTA tenha sido criada desaparece a manifesta intenção dolosa de buscar um indevido benefício fiscal porque no caso concreto não se pode esquecer que os acionistas da ACHÉ originalmente pretendiam que a DELTA adquirisse diretamente o controle da BIOSINTÉTICA **mas não o fizeram em face da greve desta Receita Federal do Brasil**. Tendo um objetivo negocial ao ser criada a DELTA e se essa adquirisse o controle acionário direto da BIOSINTÉTICA, sua incorporação satisfaria todas as exigências para que o ágio pudesse ser amortizado.

Pode-se argumentar também que, uma vez espancadas as incertezas que envolviam o investimento na BIOSINTÉTICA, esta poderia ter incorporado a DELTA e, logo após, a ACHÉ, ou vice-versa. Mas a meu ver estamos diante de formas diversas de interpretar um mesmo texto legal. Para a contribuinte houve uma regular incorporação de sua controladora que possuía uma participação acionária com ágio. Participação esta que representava ela própria mas isso para ela não importa. Não se daria o mesmo se houvesse uma cisão da ACHÉ e posterior incorporação por si com versão apenas do investimento por ela representado e seu ágio? Vejamos um dos argumentos da contribuinte neste sentido:

*124) Assim, poderia o Aché ser incorporado pela Biosintética ou a Biosintética poderia incorporar o Aché. Alternativamente, poderiam as partes determinar a cisão parcial do Aché e o acervo cindido incluindo o investimento e o ágio na Biosintética ser incorporado pela Biosintética (Impugnante).*

*125) Segundo os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/07, diversas eram as alternativas que levariam ao atendimento das formalidades exigidas pelo artigo 386 do RIR, **todas elas inclusive muito mais simples e diretas do que aquela efetivada no caso concreto!** Muito embora tais estruturas levassem à amortização do ágio, nenhuma delas atenderia aos já mencionados propósitos societários e empresariais do Grupo Aché na aquisição do investimento na Biosintética.(grifei)*

Como se percebe, para a contribuinte a alternativa por ela adotada também lhe dá o direito de amortizar ágio. E esta também é a opinião de vários conselheiros. No processo Administrativo n.º 16643.720001/2011-18, cujo escopo é idêntico, houve o reconhecimento da legitimidade da amortização deste mesmo ágio para anos calendários anteriores. Os Conselheiros por unanimidade cancelaram a glosa das amortizações porque consideraram satisfeitas três premissas básicas, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 3) que foi demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Aquele colegiado concluiu que o planejamento fiscal da impugnante BIOSINTÉTICA foi regular, pois da utilização da empresa veículo não resultou aparecimento de novo ágio, tampouco pagamento de menos tributos do que seria obtido sem a sua utilização.

E esta não é uma opinião isolada. Confira-se:

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97.PRIVATIZAÇÃO.TELECOMUNICAÇÕES. É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa.*

*Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF: Acórdão nº 1102-000.873 em 21/11/2013. Publicado em 21/11/2013.*

*AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO.*

*PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE. Em regra é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, decorrente de transações entre partes independentes.*

*Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico “transfira” o ágio efetivamente pago para uma de suas controladas com o uso de empresa veículo, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária. Do mesmo modo que é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF: Acórdão nº 1102-001.018 em 12/02/2014. Publicado em : 13/03/2014.*

No mesmo sentido Acórdão nº 1102-001.182, de 27/08/2014.

Diante de tantas interpretações sobre as reorganizações societárias de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e que não são contrários ao procedimento adotado pela contribuinte, não vejo como imputar na exação a multa qualificada de 150%. A aplicação da penalidade da multa qualificada de que trata o artigo 44, § 1º da Lei nº 9430/96 não tem lugar quando o procedimento adotado pela contribuinte encontra guarida em sede administrativa. Os artigos 71 e 72 aos quais remete o §1º do retrocitado art. 44 correspondem a atos comissivos ou omissivos que visem a impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade competente do fato gerador de tributos. Friso que no caso em exame todas as operações se deram de forma clara e a contribuinte em momento algum ocultou qualquer procedimento seu.

Não vejo fraude nem sonegação mas diferentes formas de interpretar o alcance de dispositivos legais. Confira-se o que menciona a fiscalização com relação a uma informação que lhe fora dada pela BIOSINTÉTICA:

*“Segundo a própria Biosintética informou (vide transcrição abaixo), com as operações societárias realizadas, ela passou a ter o “direito” à redução do lucro real e da base de cálculo da CSLL por ter se enquadrado na previsão legal do art. 386 do RIR/99.”*

*...Neste sentido, conforme consta do Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação entre Delta Participações Farmacêuticas S/A e Biosintética (já apresentado ao longo desta fiscalização), a incorporação da Delta Participações Farmacêuticas S/A pela Biosintética também resultou no exercício do direito da Biosintética previsto no artigo 7º da Lei 9532/97 de amortizar para*

*fins fiscais o ágio pago pela Delta Participações Farmacêuticas S/A na aquisição de controle da Biosintética.* (grifei)

Afasto, portanto, a qualificação da multa da autuação. (*destaques do original*)

Não se compartilha, aqui, do entendimento de que a alegada “blindagem patrimonial” pudesse justificar a interposição de Delta Par, vez que esta permaneceu controlada por Aché e não apresentava autonomia patrimonial para concentrar responsabilidades sem afetar sua controladora. Assim, afastada esta justificativa e fragilizadas as demais, a desqualificação da penalidade se sustentaria, apenas, nas interpretações divergentes acerca da possibilidade de interposição de “empresa-veículo” para viabilizar a amortização fiscal de ágio pago na aquisição de investimento. Contudo, como bem aponta a Contribuinte, múltiplas formas foram adotadas em reorganizações societárias com a mesma finalidade, e resta plenamente demonstrado que, especificamente neste caso, a participação de Delta Par era não só desnecessária, como sequer existiu para fins de aquisição de Biosintética por Aché, e somente foi integrada à cadeia de controle da investida para justificar a amortização fiscal do ágio e assegurar a segregação das atividades de Biosintética e Aché, desde o início pretendida pela real adquirente do investimento.

Assim, tem razão a PGFN quando afirma que a *contribuinte, juntamente com as outras empresas que fazem/faziam parte do seu grupo empresarial, tentou aproveitar de forma fiscal um ágio de forma indevida, transferindo-o de quem o efetivamente pagou para outra empresa. Para tanto, foram praticadas uma série de operações simuladas, ou seja, que existiram somente no papel, não na realidade.* Evidenciada está a simulação, por divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida, pois não se buscou a *aquisição de um investimento com ágio pela DELTA traduzido no valor de mercado da participação societária da BIOSINTÉTICA calculado na previsão de rentabilidade futura dessa última empresa, seguida da incorporação de uma empresa pela outra, mas sim a criação de um investimento artificial na DELTA a fim de aproveitar de forma fiscal um ágio que não foi suportado por nenhuma das duas empresas que participou da incorporação final.*

Some-se, ainda, o que bem destacado no recurso especial da PGFN:

Ou seja, a DELTA, na realidade, nunca existiu. Ela foi constituída pelo grupo ACHÉ exclusivamente para participar da aquisição da BIOSINTÉTICA e, assim, permitir a dedução do ágio pago, ou seja, a sua transferência para outra empresa distinta daquela que o efetivamente suportou.

Sendo a DELTA uma “empresa veículo”, por consequência lógica tem-se que o investimento nela realizado pela ACHÉ e a sua incorporação pela BIOSINTÉTICA nunca existiram de verdade. Foram todos atos simulados.

Sobre esse aspecto, em que pese o recorrente citar a greve de servidores públicos, a burocracia do CADE, fato é que antes e depois da participação da DELTA na “engenharia societária”, a BIOSINTÉTICA não saiu do controle societário da ACHÉ. Esse é o principal ponto que atesta a participação da DELTA como ato simulado.

Olhando as operações societárias como “um filme”, vê-se que a participação da DELTA não teve qualquer outra finalidade, ou consequência, senão tornar o ágio pago pela ACHÉ amortizável pela BIOSINTÉTICA, sem que o patrimônio dessa última empresa fosse unido ao da primeira.

Por oportuno, quanto a alegada burocracia do CADE, como muito bem registrou a decisão de primeira instância, a decisão definitiva desse órgão de controle somente foi emanada muito tempo após a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA. Ora, este fato, por si só, demonstra a tentativa do contribuinte em tentar explicar o inexplicável.

[...]

Mostra-se assim, que, por meio da simulação praticada pelo contribuinte, ele tentou dar substância econômica a um ágio inexistente de fato, criado unicamente para reduzir a sua tributação. Ao analisar a reorganização societária executada, vê-se claramente que a razão para a criação do ágio não foi econômica, mas sim exclusivamente tributária.

Por meio da venda da participação societária da BIOSINTÉTICA pela ACHÉ a DELTA com a cobrança de ágio, sabendo-se que o objetivo final das operações era a unificação das duas empresas brasileiras, o grupo ACHÉ, por meio da BIOSINTÉTICA, procurou fazer parecer real um investimento inexistente com o fim específico de gerar uma vantagem fiscal indevida.

A simulação mostra-se inequívoca uma vez que havia motivos para a sua realização (criação de um benefício fiscal indevido), assim como, com a incorporação, o negócio realizado (aumento de capital decorrente de um investimento) não foi executado materialmente.

Por oportuno, quanto a alegada burocracia do CADE, como muito bem registrou a decisão de primeira instância, a decisão definitiva desse órgão de controle somente foi emanada muito tempo após a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA. Ora, este fato, por si só, demonstra a tentativa do contribuinte em tentar explicar o inexplicável.

Destaque-se a incoerência argumentativa da Contribuinte quando se empenha em afirmar os cuidados da gestão do grupo em face das possíveis exigências do CADE decorrentes da concentração de mercado resultante da aquisição em tela. As operações, sob esta ótica, prestar-se-iam a assegurar autonomia aos diretores da Delta Par *na eventual necessidade de uma rápida alienação de ativos determinadas pelo CADE*, mas logo depois, justifica-se a incorporação de Delta Par porque, *em certo período, houve a sinalização de que o CADE aprovaria a operação sem restrições*, posteriormente referido como um *posicionamento favorável da Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”)*, *indicando de que seria aprovada pelo CADE*, sendo certo que, como mencionado pela PGFN, *decisão definitiva desse órgão de controle somente foi emanada muito tempo após a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA*, e, de toda a sorte, apesar da incorporação em questão, os negócios permaneceram segregados porque esta era a pretensão do grupo econômico, incompatível com o interesse em amortizar fiscalmente os ágios.

Observe-se que a autoridade lançadora assim motivou a qualificação da penalidade:

#### **Da Qualificação da multa de ofício**

61. Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de valores indevidamente reduzidos do lucro real referentes ao ágio transferido de empresas dentro do próprio Grupo Aché, exaustivamente acima caracterizada, cumpre o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

62. A redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

[...]

63. Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, os arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64:

[...]

64. Os procedimentos adotados pela fiscalizada estão compreendidos nas hipóteses previstas na norma acima.

65. Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo.

Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

Essa figura também é tratada no art. 145 do Código Civil, como um dos defeitos do negócio jurídico. Diz o Código:

*Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.*

Genericamente, o dolo se presta a provocar o erro na formação da vontade. *A palavra dolo descende do substantivo latino dolus, que se origina do vocábulo grego dolos, que significa engano.*

66. Orlando Gomes explica que o dolo 'consiste em manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não fosse enganado. É a provocação intencional de um erro .

67. Portanto, pode-se concluir que as definições de sonegação e fraude que dão suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização e depreciação do ágio. A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento. No entanto, existem circunstâncias que, como visto, determinam a glosa das despesas de amortização e depreciação do ágio. Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação societária sem propósito comercial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

Age, portanto, com dolo, justificando a qualificação da multa nos termos da própria Lei n.º 9.430, de 1996.

Em circunstâncias semelhantes, este Colegiado já decidiu, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza e Gerson Macedo Guerra, dar provimento a recurso especial da PGFN para restabelecer a qualificação da penalidade. Tal se deu, por exemplo, por meio do Acórdão n.º 9101-002.802, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

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

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

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

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

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

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

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

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

**CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendo que o argumento de que a CCL PAR não pode ser considerada como empresa veículo, porque possuía um propósito negocial, que era a introdução da CCL INC no

mercado nacional, viabilizando a aquisição da PRODESMAQ S/A, não justifica o planejamento adotado porque o investimento dessa empresa estrangeira, no Brasil, poderia ter sido feito de forma direta, ou seja, pela aquisição direta da PRODESMAQ S/A, assim como ocorreu com a aquisição da CCL PAR. Ou seja, a PRODESMAQ S/A poderia, sim, ser essa centralizadora das atividades no Brasil.

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

Aqui também, com mais razão, a aquisição do investimento foi diretamente promovida por Aché, seguindo-se a efêmera transição do investimento sob titularidade de Delta Par, em evidentes *manobras ou maquinações feitas com o propósito de obter uma declaração de vontade*, ou mesmo homologação tácita das apurações minoradas por amortizações do ágio pago por Aché, *que não seria emitida se o Fisco não fosse enganado com a formalização de registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização do ágio e à reestruturação sem propósito comercial*. Não merece reparos, assim, a conclusão fiscal de que a Contribuinte agiu *com dolo, justificando a qualificação da multa nos termos da própria Lei nº 9.430, de 1996*.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

## **Declaração de Voto**

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, com o devido respeito, acompanhei a Conselheira Relatora em suas conclusões quanto ao recurso especial da contribuinte e, no recurso especial da Fazenda Nacional, divergi de seu entendimento.

### **Recurso especial do contribuinte**

Quanto ao recurso especial do contribuinte, concordo com a i. Relatora em sua afirmação de que a legislação exige que a confusão patrimonial tenha, necessariamente, como uma das integrantes, a pessoa jurídica que *detenha participação societária adquirida com ágio*. Ou seja, esta pessoa jurídica deve não só deter a participação societária, como também tê-la adquirido com ágio.

Não obstante, vejo a chamada “transferência” do ágio como sendo, na verdade, a apuração de um novo ágio -- agora não mais na operação ocorrida entre o “terceiro” e a “investidora original”, mas entre tal “investidora original” e a que podemos chamar de “nova investidora”. E isso porque compreendo o ágio como sendo, essencialmente, um efeito *contábil*,

apurado exclusivamente por aquela pessoa jurídica que *adquire* investimento por valor acima de seu valor patrimonial, de maneira que, necessariamente, *cada vez* que uma pessoa jurídica adquire um investimento nessas condições, ela destaca, do valor do investimento, seus componentes “valor patrimonial” e “ágio”, para fins de registros contábeis.

Nesse contexto, a abordagem da “aquisição original” seria meramente uma questão de ponto de vista: quando uma participação societária é alienada de A para B e, subsequentemente, de B para C, se olharmos sob o ponto de vista do investimento (isto é, da participação societária), de fato ele foi transacionado duas vezes e há, assim, um “investidor original” (no caso, B) e um “novo investidor” (que seria C). Mas, sob o ponto de vista de cada adquirente, o investimento sempre é uma “aquisição original” eis que é a forma como tal investidor passa a deter, inauguralmente, tal participação societária.

Ressalto, ademais, que não havia, na época dos fatos discutidos nos presentes autos, qualquer restrição específica para o destaque de ágio em aquisições de investimento ocorridas entre empresas de um mesmo grupo.

Assim, compreendo que o vício que levou à ilegitimidade do aproveitamento do ágio no caso em questão não estaria na “transferência” do ágio em si, mas na forma como ela foi realizada – especificamente, na falta de elementos que pudessem levar à conclusão de que a DELTA era, de fato, uma “sociedade”, conforme abordarei a seguir.

Dando um passo atrás, e abordando primeiramente o contexto legislativo sobre a amortização fiscal de ágio, há quem afirme que a possibilidade de amortizar a mais valia paga na aquisição de participações societárias foi introduzida no contexto das privatizações, com o intuito de promover a valorização das empresas que eram objeto de tal processo. Isso porque tal “benefício” seria levado em consideração pelos compradores na formação do preço, permitindo que apresentassem um lance maior pelas empresas a serem privatizadas.

Não obstante, a exposição de motivos da Medida Provisória 1.602/1997, convertida na Lei 9.532/1997 (e que por sua vez é a base legal do art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999, que é a norma em discussão nos presentes autos), traz um contexto um pouco diferente.

Conforme se depreende do trecho abaixo transcrito, as novas exigências trazidas pela norma -- em especial a de que o ágio tivesse por fundamento a rentabilidade futura da investida e a de que a amortização fiscal ocorresse em no mínimo 5 anos após a liquidação do investimento -- tiveram por escopo exatamente evitar “planejamentos tributários” que eram comuns na época, os quais envolviam, basicamente, a aquisição de empresa deficitária por valor acima de seu patrimônio líquido, imediatamente seguida de incorporação. Isso porque, antes da Lei 9.532/1997, tais medidas acarretavam o reconhecimento da totalidade do ágio como perda, passível de amortização imediata, independentemente da fundamentação do ágio. Veja-se:

“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 de equivalência patrimonial. Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos ‘planejamentos tributários’, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais,

tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”<sup>4</sup>

Neste sentido, podemos citar como exemplo do "planejamento tributário" acima referido, o seguinte caso:

Ementa: “IRPJ/CS – INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE – AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – DEDUTIBILIDADE – Na incorporação de sociedade, com acervo líquido da sociedade incorporada avaliado a valor de mercado, o ágio anteriormente registrado pela controladora e baixado em razão da liquidação do investimento é dedutível na apuração do lucro real e na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.” (Processo 10980.006561197-68, Acórdão 107-05875, de 22/02/2000).

Merece destaque o seguinte trecho do voto vencedor do acórdão acima:

“Obviamente que não se pode olvidar que as operações praticadas pela recorrente redundaram na absorção do ágio que anteriormente se formara, reduzindo o seu lucro tributável. Mas, ao tempo em que tais operações se realizaram, além das regras insertas no citado art. 380 do RIR/94, não havia nenhuma outra vigente, o que em negócios do gênero (aquisições de sociedades seguidas de sua absorção) abria espaços para a estruturação de operações que, desde logo, permitiam a dedutibilidade do ágio pago.

O legislador, ciente de que a reboque de tais negócios realizavam-se operações de planejamento tributário, por intermédio da Lei 9532/97 veio a disciplinar a figura do ágio, estabelecendo o tratamento tributário de conformidade com a sua natureza.

Portanto, considerando que a dedução do ágio que motivou o presente lançamento se verificou em momento anterior ao de vigência da referida lei, tendo as operações estruturadas se pautado pelas regras impostas na legislação societária e em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, não havendo, por parte da autoridade que presidiu o ato de lançamento, nenhuma acusação quanto a eventual ilicitude ou simulação dos atos praticados, realmente não vejo como se manter o lançamento. (...) o que se via no momento da realização das operações em questão era um absoluto vazio legislativo, que propiciava em operações da espécie a dedutibilidade imediata e integral do ágio, tanto que o legislador, talvez até tardiamente, tratou de adequadamente regulá-las.” (grifamos)

Assim, apesar do viés político que é atribuído a sua introdução na legislação, há que se salientar que a amortização do ágio pago na aquisição de sociedade brasileira tem lógica, essencialmente, na própria sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL.

A legislação tributária estabelece que o ágio pago em razão da rentabilidade futura da sociedade adquirida pode ser amortizado e deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL após a alienação ou a liquidação do investimento.

Tais condições não são aleatórias. Na verdade, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que dão margem ao reconhecimento contábil de um ganho ou uma perda quando há diferença entre o valor registrado da participação societária e o valor pelo qual esta é alienada ou liquidada.

A legislação tributária regulava os efeitos fiscais de tais eventos nos termos do Decreto-Lei 1.598/1977 (em especial, arts. 25, 33 e 34), determinando a forma de apuração e tributação tanto do ganho quanto da perda.

Como visto, antes da edição da Lei 9.532/1997, para fins tributários, o saldo do ágio era integralmente amortizado no momento em que houvesse a incorporação, e era assim não porque nesse momento a despesa com o ágio seria confrontada com a receita que lhe deu origem,

<sup>4</sup> Grifos nossos. Vale notar que na conversão em lei o art. 8º acabou sendo reproduzido como art. 7º da Lei 9.532/97.

ou porque neste momento ocorreria a "confusão patrimonial" entre investidora e investida, mas tão somente porque, a partir de então, aquele investimento necessariamente seria baixado, originando uma perda.

Assim, longe de criar um "benefício fiscal" -- visto que a amortização fiscal do ágio já era prevista na legislação, apenas sob jaez diverso --, o que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram foram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma, acima transcrita, foram estabelecidas buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.

Assim, uma vez que as novas condições legais tenham sido observadas, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida.

Dizemos a princípio porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (inciso VII).

No caso em questão, o que se observa é que a aquisição que deu origem ao ágio ora amortizado ocorreu em duas etapas. Primeiro, a ACHÉ adquiriu, com ágio, participação societária na BIOSINTÉTICA, sendo que, pouco mais de um mês depois, a ACHÉ transferiu tal participação societária, por meio de integralização de capital social, para a DELTA, o que fez com que o ágio passasse a ser registrado por esta última, com base no mesmo relatório de rentabilidade futura que embasou o destaque do ágio pela ACHÉ.

Com a posterior incorporação da BIOSINTÉTICA pela DELTA, pretendeu-se a amortização fiscal do ágio então registrado nesta última.

Em tese, compreendo que a legislação não impunha qualquer restrição para que a operação fosse realizada da forma como o foi. Ocorre que, no caso concreto, verificou-se que a existência da DELTA foi meramente formal. Conforme apurou a fiscalização, durante sua efêmera duração (cerca de 7 meses) esta sociedade não exerceu qualquer atividade, não teve funcionários nem contabilizou despesas compatíveis, nem mesmo com a remuneração de seus diretores, por sinal os mesmos de sua controladora ACHÉ.

Ora, mesmo uma *holding* requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ.

Diante de tais fatos, não há como se admitir que tenha existido uma "sociedade" nos termos do artigo 981 do Código Civil:

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

A existência de razões práticas, negociais ou mesmo de exigências legais para que a aquisição de terceiros fosse feita por outra empresa (por exemplo uma obrigação contratual, eventual determinação de agência reguladora, etc.) pode até servir de indício, mas não chega a ser suficiente, mormente se a empresa dita adquirente existe apenas formalmente.

Neste sentido, considerando a existência meramente formal da DELTA, a conclusão a que se chega é de que não houve a necessária liquidação do investimento e que,

portanto, está ausente um dos requisitos legais para a amortização fiscal do ágio. Daí porque o Termo de Verificação fiscal afirma que o ágio em questão apenas poderia ser amortizado caso a ACHÉ incorporasse a BIOSINTÉTICA ou vice-versa.

Em vista do exposto acima é que orientei meu voto para acompanhar a Conselheira Relatora em suas conclusões quanto ao recurso especial da contribuinte, acerca da (im)possibilidade de se amortizar o ágio em questão.

### **Recurso especial da Fazenda Nacional**

Quanto ao recurso especial da Fazenda Nacional, novamente concordo com a i. Relatora quando esta conclui que restou evidenciada na operação a simulação, por divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida, e também quando esta conclui que assiste razão à PGFN quando afirma que a *contribuinte, juntamente com as outras empresas que fazem/faziam parte do seu grupo empresarial, tentou aproveitar de forma fiscal um ágio de forma indevida, transferindo-o de quem o efetivamente pagou para outra empresa. Para tanto, foram praticadas uma série de operações simuladas, ou seja, que existiram somente no papel, não na realidade.*

Não obstante, compreendo que o fato de ter sido praticada uma simulação é base tão somente para a requalificação dos negócios jurídicos (art. 149, VII, do CTN), não podendo servir também de fundamento para a exasperação da multa de ofício eis que os requisitos para tanto no meu entendimento, são especificamente outros (inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996).

No caso, a contribuinte interpretou a legislação e entendeu que seria legal e legítima a criação de uma pessoa jurídica, no âmbito meramente formal, para recebimento da participação societária, registro e posterior incorporação para dar ensejo à amortização fiscal do ágio. Agiu, não se nega, com a intenção de economizar tributos. Como visto, decidiu-se que tal conduta não seria legítima, o que levou à requalificação jurídica dos negócios para aqueles efetivamente praticados e ao consequente lançamento dos tributos apurados como devidos acrescidos de multa de 75%.

Não obstante, o passo posterior, que é a duplicação da multa de ofício, depende da caracterização específica das condições previstas no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, em especial o dolo que, compreendo, deve ser entendido no sentido de prática de ilícito (ato contrário a norma imperativa), o que não se confunde com a mera intenção de economizar tributos.

Para que se possa falar em dolo, para além da intenção (elemento subjetivo), é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão frontalmente contrários ao direito.

Assim, a qualificação da multa (de 75% para 150%) depende de que a autoridade fiscal identifique e comprove a exata ação ou omissão dolosa, tanto no seu aspecto subjetivo (vontade ou intenção de lesar o fisco) quanto objetivo (prática de **ato ilícito**).

No caso, temos a conduta do contribuinte (amortização de ágio gerado em aquisição realizada por pessoa jurídica empresa inexistente de fato), mas não é certo se ele possuía ou devia possuir consciência de que causava *ilicitamente* um dano. Não há prova, nos autos, de qualquer prática de fraude ou ilícito, mas no máximo, de simulação.

Nesse contexto, vale transcrever ensinamento de Marco Aurélio Greco, que assim se pronuncia ao dissertar sobre a hipótese legal de qualificação da multa -- inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (grifamos):

Na segunda hipótese, o Fisco, em razão dos fatos ocorridos, tem um interesse a ser protegido (um crédito a haver) que é impedido ou frustrado pela conduta do contribuinte. É o que se poderia chamar de fraude em sentido estrito ou de feição penal.

É nítido que o inciso II do artigo 44 está se referindo a este segundo tipo de fraude e não ao primeiro. Tanto é assim que a parte final do dispositivo é explícita ao prever que a incidência da multa de 150% dar-se-á independente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Ora, se a lei em questão estabelece que tal multa tributária incidirá independentemente de outras penalidades, inclusive criminais, isto significa que **o pressuposto de fato captado pelo dispositivo tributário é um pressuposto de fato que também se enquadra em norma penal.**” (GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário, Dialética, 2004, p. 231.).

Releva-se a afirmação do autor sobre o pressuposto de fato captado pelo dispositivo tributário: é um pressuposto de fato que também se enquadra em norma penal.

No caso, compreendo que simular é diferente de fraudar ou sonegar – estes últimos, sim, ilícitos previstos como tais na legislação.

Na maioria dos casos de planejamento tributário que é desqualificado pelas autoridades fiscais (porque “abusivo”, “simulado”, “dissimulado” e que tais), o contribuinte acredita piamente que a situação jurídica adotada é, na verdade, lícita e legítima, e muitas vezes até possui pareceres jurídicos e contábeis que assim o afirmem e respaldem. É uma situação bem diferente de alguém que pratica um ilícito e confia apenas na impunidade ou em eventuais isenções de pena e excludentes de ilicitude, eis que, neste caso, e apenas aqui, a pessoa sabe que sua conduta é frontalmente contrária a uma norma imperativa (obrigatória ou proibitiva).

No caso da simulação, a intenção de quem simula é meramente criar uma situação que, materialmente (isto é, na prática) não existe -- seja simplesmente por simular (simulação absoluta), seja para ocultar uma outra situação (simulação relativa). Isso não é, no ordenamento jurídico brasileiro, um ilícito, já que **não há norma que proíba simular uma situação, nem norma que obrigue não simular.**

O que há, sim, são apenas **consequências** para o ato simulado. Por exemplo, no âmbito civil, o art. 167 do Código Civil prevê a nulidade do ato simulado, subsistindo o dissimulado se válido na substância e na forma. Já no âmbito tributário, artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece a possibilidade de o fisco rever o lançamento, veja-se.

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

(...)

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

Assim, no âmbito tributário, a simulação autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do CTN (o que foi feito no caso dos autos), e não o passo além, que é a exasperação da multa de ofício.

É dizer, a autoridade fiscal poderá, uma vez identificada a simulação, requalificar os atos jurídicos para aqueles que entenda ser os atos materialmente praticados e, por

consequência, lançar eventual diferença de tributos. E, vale observar, a simulação é um dos casos -- aí sim juntamente com o dolo e a fraude -- que autorizam o deslocamento da decadência do prazo previsto no artigo 150, par. 4º do CTN, para aquele do artigo 173, I (primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado).

Ao assim fazê-lo (requalificar o ato jurídico simulado para aquele materialmente corrido), a autoridade fiscal anula os **efeitos nocivos** de um ato que, em si, não é, nem passou a ser, ilícito, fazendo com que aquele **resultado fiscal** obtido pelo contribuinte, contrário ao ordenamento, deixe de existir. Com isso, o ato, que permanece lícito como sempre foi (eis que não expressamente vedado pelo ordenamento), deixa de ser ilegítimo, passando a estar assim plenamente em conformidade com o ordenamento jurídico.

A autoridade fiscal não anula, e nem poderia<sup>5</sup>, o ato jurídico como um todo. De fato, não vemos, na prática, nenhum auto de infração pretendendo dizer que determinada operação de compra e venda não ocorreu, ou que a reorganização societária deve ser desfeita porque nula. O que a autoridade fiscal faz é meramente *requalificar* o ato, isto é, conferir a ele outro *efeito tributário*, anulando aquele específico resultado que o contribuinte pretendeu obter, mas que se revelou, nas circunstâncias do caso, contrário ao ordenamento jurídico.

Nesse ponto, observo que dizer que um ato será nulo ou que ele autorizará a revisão do lançamento de tributos é algo muito menor do que dizer que esse ato é um ilícito.

De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um ilícito *atípico*, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa, por ser esta uma penalidade aplicável apenas a ilícitos tipificados (GERMANO, Livia De Carli. "Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos". São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Diferentemente, para que se possa cogitar a qualificação da multa, é necessário identificar especificamente qual(is) das ações ou omissões previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964 foram praticadas, sendo indispensável, ainda, a comprovação do dolo e, portanto, e necessariamente, do ilícito.

No caso, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, agindo na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido -- o que, não por acaso, encaixa-se textualmente na definição de "divergência de qualificação jurídica dos fatos".

Em síntese, o caso em questão não envolve a prática de um ilícito, mas apenas conflito entre diferentes possíveis qualificações dadas a um mesmo fato -- isto é: para a contribuinte, a interposição da DELTA como adquirente da participação societária seria suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários (no caso, a apropriação e subsequente amortização fiscal das despesas com amortização de ágio) enquanto que, para a autoridade autuante (com o que a maioria desta Turma concordou no presente julgamento), não.

Em tal circunstância, muito embora presente o intuito de economia de tributos mediante simulação, não resta comprovado o dolo do sujeito passivo (entendido como

---

<sup>5</sup> Código Civil - Lei 10.406/2002

"Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes."

consciência da prática de um ilícito) e, sendo este imprescindível à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio, é o caso de se cancelar a qualificação da multa de ofício.

Assim, compreendo que no caso deve ser aplicada a multa de ofício no percentual de 75%.

São estas as razões pelas quais, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, orientei meu voto pelo não provimento do recurso especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano