

RECURSO ESPECIAL Nº 2.026.473 - SC (2022/0289624-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : CREMER S.A
ADVOGADOS : NATALIA CIONGOLI - SP345118
GUILHERME PEREIRA DAS NEVES - SP159725
DANIEL SOUZA SANTIAGO DA SILVA - SP194504

EMENTA

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

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

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

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou

baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

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

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

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

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, tão-só para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de setembro de 2023

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2026473 - SC (2022/0289624-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **FAZENDA NACIONAL**
RECORRIDO : **CREMER S.A**
ADVOGADOS : **NATALIA CIONGOLI - SP345118**
: **GUILHERME PEREIRA DAS NEVES - SP159725**
: **DANIEL SOUZA SANTIAGO DA SILVA - SP194504**

EMENTA

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de “inedutibilidade” não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregado a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem

o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

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

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

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

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

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

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

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

legislação era silente a esse respeito.

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

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

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

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (e-STJ fl. 128):

TRIBUTÁRIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. GLOSA. ART. 20 DO DL 1.598/77. ART. 7º, V, DA LEI 9.532/97.

1. As operações de reorganização societária que geram ágio, inclusive diante de patrimônio líquido negativo da investida, seguidas de incorporação reversa, e que obedecem ao disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e no art. 7º, I, da Lei 9.532/97, não admitem tratamento tributário diverso daquele previsto na lei.

2. Honorários advocatícios majorados em 10% em cada faixa de valores do art. 85, §3º, do CPC, por força do seu §11.

Após rejeição dos aclaratórios, o recorrente interpôs o presente apelo, alegando, em resumo:

a) violação do art. 1022, II, e parágrafo único, II, cumulado com o art. 489, § 1º, II e IV, todos do CPC, por negativa de prestação jurisdicional, visto que o acórdão impugnado teria incorrido em omissão no tocante às seguintes omissões:

a.1) fundamento econômico do ágio dedutível como critério legal em decorrência do método de equivalência patrimonial – MEP e da necessidade enquadramento do ágio como despesa;

a.2) necessidade de se atribuir interpretação histórica aos dispositivos legais que tratam do aproveitamento do ágio, especialmente quanto ao contexto legislativo da edição da Medida Provisória nº 1.602, de 1997;

a.3) imperiosidade de observância dos aspectos pessoal e material dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9532/1997, e a impossibilidade de se desconsiderar a efetiva ocorrência de investimento como substrato econômico para formação do ágio;

a.4) artificialidade do ágio;

a.5) impossibilidade de se reconhecer o ágio referente às integralizações para aumento de capital;

a.6) ausência de manifestação integral sobre a impossibilidade de aproveitamento de ágio, por mera reavaliação de investimento e inexistência do custo de aquisição;

a.7) indedutibilidade do ágio amortizado, por utilização de empresa “veículo” e por ausência de presunção de perda de investimento nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997;

a.8) indedutibilidade de ágio em face de estruturas artificiais e planejamento tributário abusivo;

b) contrariedade ao art. 1.026, § 2º, do CPC, uma vez que os aclaratórios teriam sido interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular;

c) ofensa aos “artigos 20, 21, 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977; aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997; ao artigo 47 da Lei nº 4.506, de 1964; aos artigos 299, 385, 386, 387, 388 e 389 do Decreto nº 3000, de 1999 (RIR/99), e aos artigos 118, I, 142 e 149, VII, do Código Tributário Nacional”, visto que:

c.1) o fundamento econômico não constituía mera regra interpretativa, mas configurava sim critério legal para configuração do ágio dedutível, à vista da compreensão de que decorre do método de equivalência patrimonial e do ágio como despesa, especialmente quanto à exegese dos artigos 21, 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532, de 1997, do artigo 47 da Lei n. 4.506, de 1964, dos artigos 299 e 385 a 389 do Decreto n. 3000, de 1999 (RIR/99);

c.2) a Lei n. 9.532/1997 trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício, exigindo-se a ocorrência de duas hipóteses: a investidora deixe de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; a investidora e a investida se transformem em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão), em semelhança às hipóteses de extinção da companhia (do investimento), prevista no art. 219 da Lei das Sociedades Anônimas;

c.3) toda e qualquer despesa para ser dedutível deve se submeter aos testes de necessidade, usualidade e normalidade, pelo que não há como estender os atributos de normalidade ou usualidade para despesas derivadas de operações atípicas, artificiais e desprovidas de função social;

c.4) não basta o respeito a aspectos formais para a obtenção de ganhos tributários, pois deve ser demonstrada a existência de um propósito negocial, ou seja, uma substância econômica;

c.5) pelo aspecto pessoal, não há conformação legal para que ocorra a transferência de ágio para outra pessoa jurídica que não aquela que efetivamente participou da operação, e, pelo viés material, a ação prevista é necessariamente a comunicação do patrimônio entre a empresa investidora e a empresa investida;

c.6) o ágio somente ocorre em uma transação que representa um resultado econômico de um processo de compra e venda de ativos líquidos com a formação de um preço justo, cujas partes envolvidas sejam não relacionadas e independentes;

c.7) para que fosse possível o aproveitamento do ágio gerado entre partes dependentes em período anterior à vigência da Lei n. 12.973/2014, essa possibilidade deveria constar expressamente nos diplomas anteriores, tendo em vista que se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre despesas (art. 110 do CTN);

c.8) ineditabilidade do ágio interno ou do ágio efetivamente pago mediante utilização de "empresa-veículo";

c.9) a autonomia da vontade, a liberdade econômica, a proteção da confiança, a segurança jurídica, o princípio da legalidade e a tutela constitucional do direito de propriedade, suscitados pelo acórdão regional como argumentos a manter o entendimento ali firmado, não autorizam a geração e amortização de um ágio interno e

mediante a utilização de "empresa-veículo", totalmente permeado de artificialidade;

c.10) para além da observância e qualquer norma geral antielisiva (art.116, parágrafo único, do CTN), a autuação fiscal visou, em última análise, a escorreita aplicação da norma tributária;

c.11) a legislação possibilita a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VI, do CTN).

Contrarrazões (e-STJ fls. 4.659/4.676).

É o que importa relatar.

VOTO

Preliminarmente, registro que não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

A Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "indedutibilidade" não previstas na lei, como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão a respeito da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos) por parte da CREMERPAR para aumento de capital na CREMER.

Vale dizer, ao enfrentar diretamente as questões postas em discussão, o Juízo *a quo*, direta ou indiretamente, entregou a prestação jurisdicional nos limites da lide.

Os embargos de declaração opostos contra o acórdão recorrido "buscavam o prequestionamento numérico e o rejuízo da causa à luz dos argumentos da parte, pretensões para as quais não se presta a via integrativa eleita." (AgInt no REsp n. 1.363.909/PR, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 28/10/2021).

Nesse mesmo sentido: AgInt nos EDcl no REsp n. 1.787.184/MG, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23/08/2021, DJe de 26/08/2021; AgInt no AREsp n. 1.317.279/SP, relator Ministro Francisco Falcão,

Segunda Turma, julgado em 19/02/2019, DJe de 26/02/2019; REsp n. 1.719.219/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 23/05/2018.

Portanto, não verifico a alegada violação do art. 1.022, II, do CPC, nem negativa de prestação jurisdicional.

Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, entendo que assiste razão jurídica à recorrente, visto que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

Embora não se tenha reconhecido omissão no julgamento, o fato é que o recurso especial interposto pela Fazenda Pública possivelmente figura(va) como o primeiro a devolver a esta Corte matéria de inegável importância para a recorrente (porque de vultosa expressão econômica e de potencial efeito multiplicador).

Ou seja, a oposição dos aclaratórios figurou como medida de cautela justificável, de modo a impedir que os óbices das Súmulas 211 do STJ e 282 do STF inviabilizasse o conhecimento da matéria.

Portanto, tenho que deve ser afastada a multa imposta ao Fisco.

Por outro lado, no mérito propriamente dito, adianto entender que o apelo especial não deve ser provido.

A controvérsia dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997.

Em apertado resumo, a Fazenda compreendeu, no caso, não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”, tendo considerado, ainda, que, na espécie, não existiu o propósito comercial e que o ágio teria sido constituído de maneira artificial.

Antes de examinar a discussão em si extraída do caso concreto, é preciso inserir minimamente o debate no contexto em abstrato a respeito do emprego do ágio como meio para reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL, para que haja melhor compreensão da controvérsia a ser solucionada.

Início, portanto, salientando que ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977). Ou seja, no ágio, o valor da aquisição é superior ao valor patrimonial contábil do investimento.

E o fundamento para o pagamento dessa diferença, de acordo com a lei, estaria justificado: no valor de mercado de bens do ativo superior ao custo registrado na sua contabilidade; no valor (para mais) de rentabilidade futura; ou no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (§ 2º do supracitado dispositivo).

Quando da sua criação, cogitou-se que a amortização do ágio poderia ser, de modo geral, dedutível da base de cálculo do IRPJ e CSLL (previsão inicial do art. 21 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 quanto ao primeiro imposto e art. 2º, §1º, da Lei n. 7.690/1988 quanto ao segundo tributo). Ocorre que, na prática, esse cenário jurídico não aconteceu, uma vez que tal disciplina legal foi de imediato revogada pelo Decreto-lei n. 1648/1978 (art. 23 do Decreto-Lei n. 1.598/1978), e, em seguida, passou a prevalecer o comando no sentido de que “as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.” (redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.730/1979).

Assim é que, a rigor, “as variações positivas ou negativas do valor do investimento, decorrentes das novas avaliações obrigatoriamente feitas ao final de cada período-base, sempre foram excluídas do lucro real tributável ou a ele adicionadas, e todas as amortizações de ágios e deságios não influenciam a base de cálculo do tributo” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973: comparações entre dois regimes. Revista Fórum de Direito Tributário: RFDT, Belo Horizonte, v. 14, n. 84, pp. 35-68, nov./dez. 2016).

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

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

Como a interpretação a ser dada aos supracitados artigos figura como fio condutor desta decisão, transcrevo os dispositivos integralmente, com a redação vigente ao tempo dos fatos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 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 nº 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 nº 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 nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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 nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

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

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

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.

Com base na leitura dos artigos destacados, verifica-se que a lei admitiu a dedução fiscal do ágio (da base de cálculo do lucro real) na hipótese de

absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detenha participação societária. Em especial, a norma (em seu inciso III) estabeleceu a possibilidade de o ágio gerado na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura (art. 20, § 2º, "b", do Decreto-Lei n. 1.598/1977), ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de, no máximo, um sessenta avos para cada mês do período de apuração.

Nesses casos, portanto, assiste razão ao contribuinte quando afirma que, em resumo, os requisitos exigidos para a dedução são: (i) que o ágio seja justificado pela rentabilidade futura do investimento; (ii) que, após a aquisição, haja incorporação da controlada pela controladora, ou vice-versa; e (iii) que seja respeitado o limite de amortização de 1/60 por mês.

O problema é que:

[...] a partir daí, muitas operações foram realizadas de forma verdadeiramente escandalosas, com a constituição de empresas com integralização de capital social mediante subscrição de ações da própria investidora por valor de mercado acima do valor de patrimônio líquido, gerando ágios que seriam mais tarde aproveitados por meio da aquisição e posterior absorção patrimonial via fusão ou incorporação, pela intermediária, de outra empresa do mesmo grupo, com aproveitamento fiscal do ágio.

(MOREIRA, André Mendes; CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. A amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica. *In*: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; GOMES, Marcus Lívio (coord). Estudos tributários do II Seminário CARF. Brasília: CNI, 2017).

A Fazenda defende, portanto – inclusive no recurso em exame –, que a análise da possibilidade de dedução do ágio não deve ser realizada à luz dos aspectos meramente formais da norma, mas também sob a ótica dos eventos reais e econômicos atrelados à operação que ensejou o ágio.

Justifica, aliás, que a interpretação histórica da norma (extraída da sua exposição de motivos) deixa evidente que a disposição legal trouxe verdadeira blindagem ao aproveitamento do ágio fictício; a interpretação teleológica evidencia que a fruição de um ganho tributário pressupõe que seja demonstrada a existência de propósito comercial/substância econômica, cabendo ao Fisco a desconsideração do abuso das formas em detrimento da constatação dos fatos tributáveis (arts. 118, I, 142 e 149, VII, do CTN).

Até aqui, as premissas da recorrente não estariam de todo equivocadas. Pelo contrário, de fato:

A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino

esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012).

Além disso, o Código Tributário Nacional realmente autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando “se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação” (art. 149, VII).

E, ainda, a norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), de constitucionalidade indiscutível (ADI 2446), também poderia, em última análise, até justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a “plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos” (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

Em suma, a preocupação da Fazenda quanto às operações exclusivamente artificiais é relevante e encontra abrigo na legislação e na interpretação que a esta deve ser dada.

O que, a meu ver, mostra-se seguramente incorreta é a conclusão adotada pelo Fisco após expor as premissas adiantadas nas linhas acima.

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito comercial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico.

No esforço de tentar tornar mais claro este arrazoado, saliente-se que o ágio interno ocorre nos casos de aquisições societária que se operam dentro do “mesmo grupo ou conglomerado de sociedades com relações societárias entre si (sociedades controladas ou coligadas) ou não, mas que estejam sob controle de uma mesma pessoa ou mesmo grupo de pessoas – físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior” (ANDRADE FILHO, Edmar Oliviera, Ágio Interno: o protagonismo exacerbado das normas contábeis. Planejamento tributário e fraudes. Pressupostos para aplicação de multa qualificada. Multa qualificada e voto de qualidade. *In*: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da

jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

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

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A “empresa-veículo” geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida (“empresa-alvo”), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;
A “empresa-veículo” tem duração efêmera;

A “empresa-veículo” é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A “empresa-veículo” é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na “empresa-alvo” ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A “empresa-veículo” é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

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

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que,

anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

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

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas.

O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado.

(SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]**. São Paulo: Dialética, 2012)

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

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

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma "empresa-veículo", por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc.

Assim, filio-me à orientação de que:

A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto "real adquirente", que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os

recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento. (SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O mais importante, nessas situações, é investigar se:

Houve efetiva aquisição de participação societária? Há efetivo custo (sacrifício) de aquisição? Resta demonstrado que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura? Houve absorção do patrimônio da investida ou da investidora por meio de incorporação, fusão ou cisão?

[...]

Há efetiva aquisição/alienação de participação societária?

(DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Asséf. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária *In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016)

No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, entendo não ter sido demonstrado que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social.

Segundo consta da sentença:

No caso dos autos, ao analisar a operação como um todo, **o ágio surgiu a partir da diferença entre o valor de avaliação do patrimônio líquido da empresa adquirida (CREMER S. A.), que, de acordo com os registros contábeis, era negativo, e os valores dispendidos para a aquisição.** O fundamento jurídico para amortização deste ágio é o inciso III do caput do art. 7º da Lei 9.532/97, já citado acima. (e-STJ fl. 4346)

[...]

Primeiramente, gize-se que **o ágio apurado pela parte autora, na casa dos R\$ 60 milhões, foi considerado existente pelo próprio CARF. Logo, não há controvérsia acerca da existência do ágio.** O que o voto condutor do julgado argumenta, como fundamento para a glosa realizada, é o ágio verificado foi artificialmente criado, mediante a utilização de "empresa veículo" (no caso, a CREMERPAR), que teria sido incluída no negócio unicamente com a finalidade de geração e aproveitamento de tal ágio. Inicialmente, saliento que **da leitura dos autos constato que a criação da CREMERPAR possuía sim propósito negocial, necessário para a reorganização societária da demandante (fechamento do capital, aquisição do controle acionário, reorganização da estrutura administrativa) e não exclusivamente a geração de ágio, como decidido pelo CARF.** A substância econômica do negócio jurídico, portanto, existe, não havendo se falar em fraude, evasão ou elisão fiscal abusiva. **A necessidade da criação da CREMERPAR, do ponto de vista negocial e econômico, restou bem ilustrada pela parte autora na petição inicial, na descrição de inúmeros fundamentos com força e relevância:** [...]

Outrossim, no caso de investidores estrangeiros (como no caso da MLGP), a

criação de uma holding nacional se constitui em pressuposto para usufruir da prática de amortização do ágio, consoante bem ressaltado pela parte autora na petição inicial. Uma empresa nacional, via de regra, não necessitaria criar uma "holding" para efetivar a aquisição de outra, via incorporação, uma vez que poderia adquirir o investimento diretamente e se aproveitar do ágio ocorrido na operação. No caso dos investidores estrangeiros, entretanto, tal prática é inviável. A eles, restaria a possibilidade de realizar uma incorporação internacional (sendo que não haveria condições de usufruir das regras de "ágio" estabelecidas pela legislação tributária brasileira), ou sua participação direta como sócios, aportando recursos de maneira pura e simples, igualmente impedidos de acessar as regras aplicáveis aos nacionais. **Ou seja: mais que uma faculdade, a criação da CREMERPAR se constituiu numa necessidade do investidor, para obter acesso isonômico ao mesmo tratamento tributário dispensável ao capital nacional.** É evidente que tal prática prejudica os interesses nacionais, mormente os de fomento ao investimento na atividade produtiva no país, seja de capital nacional ou estrangeiro. (e-STJ fls. 4349/4351) (Grifos acrescidos).

Observem-se, agora, os excertos extraídos do acórdão recorrido:

Convém salientar que não está em causa a cláusula antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN. A autoridade fiscal não identificou nenhuma fraude ou simulação que pudesse colocar em dúvida a lisura do processo de reorganização societária da CREMER, tanto que não foi imposta a multa qualificada de 150%, aplicável às hipóteses de fraude, simulação ou conluio. Nada foi ocultado. Os atos foram praticados às claras, comunicados ao mercado e à CVM. Havia preceito legal especial para regular o ágio nas incorporações, não existindo a menor menção à necessidade de substância econômica ou que as operações estariam vedadas entre partes relacionadas. (e-STJ fl. 4471)

[...]

O aporte de recursos da CREMERPAR para aumento de capital na CREMER foi no valor de R\$ 87.775.953,46, mas apenas R\$ 60.395.852,04 foram contabilizados como ágio. Isto aconteceu porque os aportes dos recursos na CREMER foram efetuados quando o seu PL estava negativo. "Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo" (ev1-COMP6, p. 33). Tal valor, acrescido dos R\$20.273.692,60 pagos aos terceiros que formavam o bloco de controle minoritário, totalizou ágio de R\$80.669.544,64. Assim, "com a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, o valor total do ágio (R\$ 80.669.544,64) foi transferido para a CREMER, e amortizado nos anos seguintes à razão de 20% ao ano, perfazendo uma amortização anual de R\$ 16.133.908,92" (ev1-COMP6, p. 23). (e-STJ fl. 4473)

Aliás, ao fim, quando enxergada a operação de aquisição e incorporação como um todo, baseado no cenário fático acima narrado, verifica-se que: a) ela ocorreu entre partes não relacionadas ou dependentes (grupo Merrill Lynch Global Partners [MLGP] e a CREMER S.A.), tendo sido apenas mediada por complexas reorganizações societárias; b) houve a aquisição com efetivo ágio (valor de compra maior que o patrimônio líquido da adquirida), motivado pela esperança de lucros futuros, o que implicou despesa para amortização; e c) a incorporação/absorção entre investidora e investida efetivamente aconteceu.

Isto é, os requisitos formais (requisitos do art. 7º da Lei n. 9.532/1997), materiais (existência real de substrato econômico), subjetivos (incorporação) e objetivos (negócio jurídico efetivo que gerou dívida/ágio) foram atendidos na espécie.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para afastar a multa do art. 1.026, § 2º, do CPC imposta à Fazenda Nacional.

Determino a majoração dos honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2022/0289624-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.026.473 / SC

Número Origem: 50103110220184047205

PAUTA: 05/09/2023

JULGADO: 05/09/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MIECIO OSCAR UCHOA CAVALCANTI FILHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : CREMER S.A

ADVOGADOS : NATALIA CIONGOLI - SP345118

GUILHERME PEREIRA DAS NEVES - SP159725

DANIEL SOUZA SANTIAGO DA SILVA - SP194504

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. CAROLINE SILVEIRA MARINHO, pela parte RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL e assistiu ao julgamento o Dr. GUILHERME PEREIRA DAS NEVES, pela parte RECORRIDA: CREMER S.A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, tão-só para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.