MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

DOCUMENTO VALIDADO

PROCESSO	**16561.720086/2011-36**
ACÓRDÃO	1302-007.963 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	28 de maio de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	EMS S/A.
	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2010

ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA CARF 116.

O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

ÁGIO. INCORPORAÇÃO REVERSA. EMPRESA-VEÍCULO. AUSÊNCIA DE SACRIFÍCIO PATRIMONIAL. AMORTIZAÇÃO INDEDUTÍVEL.

É indevida a amortização fiscal de ágio gerado em reorganização societária realizada por intermédio de sociedade-veículo sem substância econômica, seguida de incorporação reversa, quando inexistente efetivo sacrifício patrimonial e aquisição onerosa do investimento. A existência de laudo de avaliação não supre a ausência dos pressupostos materiais exigidos para a dedutibilidade fiscal do ágio.

GLOSA DE COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. CANCELAMENTO.

Tendo sido reestabelecido o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa decorrente de autos de infração anteriores que foram cancelados e existindo estoque passível para a compensação efetuada, deve-se cancelar a glosa lançada de ofício.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2010

MULTA QUALIFICADA. NÃO COMPROVAÇÃO DE DOLO.

Ausente a comprovação de dolo apto a atrair as condutas típicas para qualificação da multa, deve-se reduzi-la ao patamar da multa de ofício regulamentar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas, e, no mérito: (i) por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à amortização do ágio referente ao período de junho de 2010, vencidos os Conselheiros Henrique Nimer Chamas (relator), Miriam Costa Faccin e Natália Uchôa Brandão, que votaram por dar-lhe provimento; (ii) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para afastar a glosa de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, bem como para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%; (iii) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício. Fica designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Sérgio Magalhães Lima.

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas – Relator

Assinado Digitalmente

Sérgio Magalhães Lima – Presidente e Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Marcelo Izaguirre da Silva, Henrique Nimer Chamas, Paulo Elias da Silva Filho, Miriam Costa Faccin, Natalia Uchoa Brandao, Sergio Magalhães Lima.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário oposto em face de acórdão proferido pela DRJ que julgou improcedente a impugnação apresentada pela contribuinte.

Em face da contribuinte foi lavrado o **Auto de Infração de IRPJ e CSLL** (fls. 1328 a 1347), constituindo créditos tributários relativos à glosa na amortização de ágio, glosa de prejuízos compensados indevidamente e exclusões/compensações não autorizadas na apuração do lucro

DOCUMENTO VALIDADO

Original

real, referentes ao ano-calendário de 2010. O lançamento exige os tributos, acrescido de multa qualificada de 150% com relação à amortização do ágio, e juros de mora.

A acusação fiscal versa, conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal ("**TVF**") (fls. 1288 a 1327), sobre a glosa de despesas de amortização de ágio, considerado indevido pela fiscalização, bem como reflexos na compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL.

A autoridade fiscal relatou que a autuação decorre de operações de reorganização societária envolvendo o Grupo EMS. Narra o TVF que a empresa EMS Investimentos S/A, constituída em 2004 e extinta por incorporação em 2005, teria servido apenas como "empresa-veículo" para a geração artificial de ágio.

Segundo a fiscalização, em 29/12/2004, a EMS Investimentos incorporou ações da EMS S/A, avaliadas por rentabilidade futura, gerando um ágio expressivo, sem que houvesse efetivo pagamento ou fluxo financeiro, uma vez que a operação se deu mediante troca de ações entre partes relacionadas. Posteriormente, em julho de 2005, ocorreu a incorporação da EMS Investimentos pela própria EMS S/A (incorporação às avessas), permitindo que esta passasse a amortizar o ágio gerado internamente.

A autoridade fiscal concluiu que o ágio foi gerado intragrupo, sem propósito negocial e sem o efetivo dispêndio financeiro, visando unicamente a redução da carga tributária. O TVF aponta que a conduta caracteriza simulação e fraude, justificando a qualificação da multa.

Colaciono trechos do TVF que ilustram as operações:

> a. A empresa EMS S/A, CNPJ 57.507.378/000101, sociedade por ações, de capital fechado, iniciou suas atividades em 17/12/2002, tendo como sócios Carlos Eduardo Sanchez — CPF 028.772.17876 e Nanci Sanchez CPF 524.436.71887;
>
> b. A empresa EMS INVESTIMENTOS S/A, CNPJ 06.266.047/000188, sociedade por ações, de capital fechado, foi adquirida pelas empresas SALTMONT EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, CNPJ 05.403.331/000196, através de seu sócio Carlos Eduardo Sanchez, e SALTRIVER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 05.403.348/000143, através de sua sócia Nanei Sanchez, tendo aquela permanecido no Grupo EMS no breve período de 15/12/2004 a 29/07/2005 (aproximadamente oito meses).
>
> c. As Fichas Cadastrais da Jucesp informam que os sócios Carlos Eduardo Sanchez e Nanei Sanchez figuraram como diretores nas duas empresas, EMS S/A e EMS INVESTIMENTOS S/A, nos períodos de 2004 a 2005;
>
> d. A EMS Investimentos S/A aprovou, em assembleia geral extraordinária realizada em 29 de dezembro de 2004, a incorporação da totalidade das ações da EMS S/A pelo valor de R$ 926.642.000,00, fixado com base num potencial de lucratividade futura (metodologia de fluxo de caixa futuro descontado), segundo valores de mercado em 30 de novembro de 2004, conforme laudo elaborado por empresa de consultoria;

DOCUMENTO VALIDADO

e. Incorporadas as ações da EMS S/A, a EMS Investimentos S/A teve seu patrimônio aumentado em R$ 926.642.000,00, mediante a emissão de 140.000.000 novas ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, ao preço de emissão total de R$ 926.642.000,00, sendo R$ 140.000.000,00 o valor do aumento do capital e R$ 786.642.000,00 o valor da Reserva de Capital — Ágio na emissão de ações decorrente da incorporação das ações da EMS pelo valor de mercado, conferindo-se aos acionistas novas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, sendo que uma ação da EMS passou a corresponder a sete ações da EMS Investimentos, ficando assim distribuídas: Carlos Eduardo Sanchez — recebeu sete novas ações, Nanci Sanchez — recebeu sete novas ações e EMS Sigma Pharma Participações S/A – recebeu 139.999.986 ações;

f. A contribuinte apresentou o Razão de novembro/2004 e o Livro Diário n° 2 de 2005 da EMS Investimentos S/A, constando naquele os registros nas contas de investimento na EMS S/A (R$ 145.281.215,03) e, do ágio correspondente (R$ 781.360.784,97), embora o investimento na EMS tenha sido efetuado apenas em dezembro/2004, como atestam a Ata da Assembléia Geral, de 15 de dezembro de 2004, em que ocorreu a compra da empresa Sol Collection e a sua transformação na EMS Investimentos S/A (doc. 21), e a Ata da Assembléia Geral Extraordinária da EMS Investimentos S/A, de 29 de dezembro de 2004 (doc. 38);

g. A empresa não apresentou quaisquer motivos ou benefícios sobre a constituição da EMS Investimentos S/A, apresentando praticamente zerados todos os campos das Declarações de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica da EMS Investimentos S/A, 2004 e 2005 (fls. 529 a 571), registrando apenas as movimentações relativas à participação societária da EMS S/A, demonstrando a ausência de operações e empregados;

h. O ágio registrado quando da incorporação de ações da EMS não foi pago, conforme se observa da contabilização desse ágio na EMS Investimentos S/A:

(...)

i. Em julho de 2005, com a incorporação da controladora EMS Investimentos S/A pela então controlada EMS S/A, o referido ágio passou a ser amortizado por esta;

j. A EMS S/A informou, na linha 47 — Demais Aplicações em Despesas Amortizáveis, no Ativo (ficha 36 A) da DIPJ 2006, ano-calendário 2005, o valor de R$ 788.477.711,19 (superior ao ágio surgido na incorporação, de R$ 781.360.784,97), tendo explicado que esse valor se tratava de ágio na incorporação da EMS Investimentos e que essa contabilização se dera de acordo com o inc. II, do art. 385 do RIR/99 (doc. 006, item 8);

k. Pelos registros dos Razões apresentados (doc. 27), as seguintes contas do ativo diferido compuseram o valor informado na DIPJ/2006:

(...)

DOCUMENTO VALIDADO

l. Depois de analisar as respostas dadas a intimações para explicar inconsistência nos valores informados em suas Dipj e de analisar o Lalur referente ao ano-calendário 2010, concluiu-se que os reais valores referentes à amortização do ágio foram os seguintes:

(...)

m. Quanto à incorporação da EMS Investimentos S/A pela EMS S/A, foram observados os seguintes aspectos:

O valor total do Patrimônio Líquido da sociedade é de R$ 1.143.389.474,00; Em razão de ser a EMS Investimentos detentora da totalidade das ações da EMS, a incorporação acarretou aumento de capital da EMS, sem emissão de novas ações, nº valor de R$ 3.360,61; O valor do Patrimônio Líquido da EMS Investimentos a ser vertido para EMS representou R$ 781.364.145,58, tendo sido deliberada a constituição de Reserva de Capital de Ágio na incorporação pelo valor de R$ 781.360.784,97;

Acionistas: EMS Sigma Pharma Participações S/A (19.999.284 ações), Saltmont Empreendimentos e Participações Ltda (500 ações), Saltriver Empreendimentos e Participações Ltda (214 ações), Carlos Eduardo Sanchez (01 ação), Nanei Sanchez (01 ação).

n. Embora a possibilidade de amortização do ágio antes de ocorrida a alienação ou liquidação do investimento caracterize beneficio fiscal, outorgado pela Lei n° 9.532/97, ele se aplica às hipóteses reais de aquisição de investimento com ágio, não àquelas em que tenha havido uma artificial estruturação para possibilitar o aparecimento do ágio a ser amortizado em futura incorporação, com o único objetivo de criar despesas dedutíveis;

o. A incorporação às avessas demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação e que mostre sua perfeita adequação à realidade fática, sendo que a contribuinte não apresentou razões para as operações societárias que não fossem a evidente finalidade de reduzir o montante de tributos devidos;
p. A EMS Investimentos S/A foi introduzida ao grupo econômico para servir de veículo para "adquirir" a EMS S/A — empresa operacional — pela incorporação da totalidade de suas ações, gerando um ágio de R$ 781.360.784,97, para, na seqüência, ser incorporada pela sua subsidiária (EMS S/A), transmitindo-lhe o ágio e as suas próprias quotas, sendo que não houve qualquer saída de caixa (pagamento) nessa operação da qual se originou o ágio;

q. O surgimento de ágio com fundamento em potencial lucratividade futura, numa operação "não caixa", entre empresas do mesmo grupo, é rejeitado pela jurisprudência, pelo Conselho Federal de Contabilidade (Resolução nº 1.157/2009), pelo Instituto dos Auditores Independentes do Brasil – Ibracon, não podendo sua amortização, a luz da legislação contábil e tributária, reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> r. Foram deduzidas indevidamente despesas de amortização relativas aos anos-calendário de 2005 a 2009 e de janeiro a maio de 2010, períodos autuados e controlados sob o processo administrativo fiscal nº 16643.000392/2010-61, enquanto este trata de auto de infração referente a fatos ocorridos a partir de junho de 2010;
>
> s. No período de janeiro a maio de 2010, a contribuinte havia registrado originalmente prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, apresentado saldo nº Lalur (doc. 116) de R$ 33.133.288,40, compensado parcialmente com os resultados positivos obtidos entre junho a dezembro de 2010;
>
> t. Em consequência das infrações apuradas entre 2005 a maio de 2010, conforme constante do processo nº 16643.000392/2010-61, apurou-se para o resultado encerrado em maio de 2010 um lucro real e base de cálculo positiva de CSLL, motivo pelo qual os valores compensados pelo sujeito passivo nesse ano (junho a dezembro de 2010) foram indevidos e, assim, foram objeto de autuação;
>
> t.(sic) Os procedimentos adotados pela fiscalizada – registro de ágio gerado internamente, sem propósito negocial, sem pagamento, utilização de empresa veículo – tiveram o exclusivo propósito de reduzir os tributos devidos, enquadrandose na hipótese de fraude prevista no artigo 72 da Lei nº 4.502/1964 e, assim, fundamentando a qualificação da multa, nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996;

Cientificada a contribuinte, apresentou Impugnação (fls. 1.350 a 1.445). Em sua defesa, a impugnante argumentou, preliminarmente, a decadência do direito do Fisco de questionar os atos societários ocorridos em 2004. No mérito, defendeu a legalidade e a validade das operações societárias. Sustentou que a reestruturação não visava apenas economia tributária, mas possuía propósito negocial robusto, inserido no contexto preparação para uma Joint Venture com a empresa portuguesa GERMED e a expansão para o mercado europeu.

Colaciono a síntese dos argumentos da impugnação contidos na Resolução que precedeu este julgamento:

> Notificada da autuação em 14/12/2011, conforme observado às fls. 1327, a contribuinte apresentou impugnação ao feito em 10/01/2012, conforme peça de fls. 1350/1445, cujas razões, em resumo, adiante se seguem:
>
> i. Em 24 de maio de 2004, a EMS S/A, por intermédio de sua controladora EMS Sigma Pharma Participações S/A, e a GERMED FARMACÊUTICA LDA, pessoa jurídica de direito internacional, com sede em Portugal, firmaram um Memorando de Entendimentos, com vistas a detalhar as negociações e trocas de informações para a elaboração dos termos de um contrato definitivo para a determinação de suas respectivas responsabilidades, participações e obrigações no Projeto de Fabricação e Distribuição de Medicamentos;
>
> ii. A EMS Sigma Pharma Participações S/A e a GERMED resolveram formar uma Joint Venture, em 05 de julho de 2004, com a finalidade de fabricar e distribuir no

território português medicamentos, cujos registros e marcas são de propriedade da EMS, sendo que a contribuição inicial das empresas (99% por parte da EMS Participações e 1% por parte da Germed) seria realizada mediante a permuta de ações pelas suas controladoras, observado o valor de mercado das respectivas ações e a participação acima identificada, sem qualquer prazo definido no contrato;

iii. A perspectiva de constituir a 'join-tventure' com a empresa portuguesa GERMED passava pela estratégia adotada de, previamente, avaliar as duas empresas pelo valor de mercado;

iv. Assim, a constituição da EMS Investimentos S/A foi uma das etapas do processo de Joint Venture, objetivando a valoração a mercado das ações da EMS S/A, e a consequente formalização da Joint Venture entre a EMS e a GERMED;

v. Em 29/12/2004, "a EMS INVESTIMENTOS aprova em Ata de Assembléia Geral Extraordinária (doc. 38 dos autos), a incorporação da totalidade das ações da EMS S/A (Impugnante), originalmente de propriedade da EMS Participações (controladora integral), para convertê-la em sua subsidiária integral. Nesta Assembléia foi aprovado o Laudo de Avaliação (doc. 36 dos autos) das ações da EMS S/A(Impugnante), cujo valor foi avaliado em R$ 926.642.000,00 (novecentos e vinte e seis milhões, seiscentos e quarenta e dois mil reais). Como decorrência da incorporação das ações da Impugnante, a SEM Investimentos aumentou seu patrimônio no montante de R$ 926.642.000,00, sendo R$ 140.000.000,00 (cento e quarenta milhões) o valor do aumento do capital e R$ 786.642.000,00 (setecentos e oitenta e seis milhões, seiscentos e quarenta e dois mil), o valor da Reserva de Capital Ágio na emissão de ações";

vi. "Em 25/07/2005, foi realizada a Reunião de Diretoria da Impugnante, na qual foi apreciada a 'Proposta e Justificativa de incorporação da EMS Investimentos', em decorrência de 'um amplo processo de reestruturação societária, que tem como empresa mais importante a própria EMS. Objetiva-se com essa operação; (i) a maximização de sinergias operacionais; (ii) redução de custos administrativos na incorporada; (iii) maior transparência ao mercado, mediante a implantação de uma estrutura societária e de capital mais eficiente.'";

vii. "Em 23/07/07: Celebrado Contrato de Permuta de Ações entre a SEM Participações e a GERMED, por meio do qual foram permutadas 200.000 ações nominativas, sem valor nominal, da EMS S/A (Impugnante) por uma quota da GERMED, após ambas as empresas terem sido regularmente avaliadas por empresas especializadas, indicadas e aceitas por cada uma delas, de acordo com Laudos de Avaliação a Valor de Mercado (doc. 05)";

viii. "A Fiscalização se ateve apenas à operação de incorporação das ações da Impugnante pela EMS Investimentos, que culminou com o surgimento do ágio, e a posterior incorporação reversa (incorporação da EMS Investimentos pela Impugnante)– etapas preliminares da operação – deixando de analisar os demais passos da reestruturarão societária levada a efeito pelo Grupo, em especial o

DOCUMENTO VALIDADO

contrato de Joint Venture assinado com a empresa portuguesa, que tinha por objetivo favorecer o ingresso da Impugnante no mercado de medicamentos europeu ('filme completo')";

ix. "Caso assim tivessem procedido (analisado o 'filme') certamente teriam constatado a participação da GERMED sociedade portuguesa, sem qualquer vínculo societário com a Impugnante nas negociações que se iniciaram com a assinatura do Memorando de Entendimentos (24/05/2004) e culminaram com a permuta das ações a valor de mercado (conforme laudos de avaliação), em 23/07/2007. Ou seja, concluído pela inexistência do ágio interno em razão das negociações entre partes independentes.";

x. A Impugnante requer seja declarada a total nulidade dos lançamentos, porque ocorreu a preclusão do direito do Fisco questionar a legalidade dos atos societários que originaram o ágio em 29/12/2004, ainda que seus efeitos (dedução da despesa de amortização) tenham ocorrido posteriormente (junho/2010), eis que transcorridos mais de cinco anos quando tomou ciência da autuação em 14/12/2011;

xi. Não há que se falar em pagamento no presente caso, pois este elemento não faz parte do negócio jurídico de incorporação de ações negócio esse que representa, também, uma forma de aquisição das ações;

xii. O fundamento econômico previsto na legislação fiscal para a geração do ágio e a sua consequente amortização tem como uma das hipóteses a expectativa de rentabilidade futura, não existindo regra fiscal que confira tratamento especial às incorporações de ações realizadas entre partes vinculadas, como ocorre com as regras de Distribuição Disfarçada de Lucros e de Preços de Transferência e, ainda que houvesse, as operações em questão foram realizadas conforme os parâmetros de mercado;

xiii. As operações societárias ('várias fotografias'), analisadas em conjunto ('o filme'), deixam evidente o propósito negocial: (i) ingresso/consolidação no mercado farmacêutico europeu, por meio da permuta de ações, (ii) simplificação da estrutura societária do Grupo e (iii) valoração/expansão da marca, tendo sido atendidos os limites positivos adotado pelo Professor Greco que validam as operações realizadas, uma vez que existente o propósito negocial;

xiv. A Impugnante não tinha consciência da suposta ilicitude da operação, tendo contratado diversos pareces, de renomados juristas, que validaram a reestruturação realizada, tendo sido todos os seus atos societários devidamente registrados e publicados, não havendo que se falar em fraude;

xv. A manutenção do saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa, referentes ao período de janeiro a maio de 2010, e, consequentemente a sua utilização por meio da compensação, realizadas no período de junho a dezembro de 2010, faz-se necessária em razão da legalidade da operação realizada pela

DOCUMENTO VALIDADO

> Impugnante, devendo ser restabelecido os saldos indevidamente glosados nos autos do processo nº 16643.000392/201061;
>
> xvi. Não são devidos juros sobre a multa de ofício, em clara obediência ao Princípio da Legalidade.

A DRJ proferiu o Acórdão (fls. 1624 a 1656), julgando improcedente a impugnação e mantendo integralmente o crédito tributário. A decisão de primeira instância rejeitou a preliminar de decadência, fundamentando que os efeitos tributários amortização do ágio repercutiram no ano-calendário de 2010. No mérito, a DRJ ratificou o entendimento da fiscalização de que o ágio foi gerado artificialmente entre partes dependentes, caracterizando a operação como simulação. A decisão manteve a qualificação da multa, corroborando a existência de intuito fraudulento, bem como a incidência de juros sobre a multa de ofício.

O Acórdão foi assim ementado:

> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
>
> Data do fato gerador: 31/12/2010
>
> FATOS PASSADOS. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. REPERCUSSÃO EM EXERCÍCIOS FUTUROS. FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ESCRITURAÇÃO. DOCUMENTOS. GUARDA. PRAZO.
>
> O contribuinte está sujeito à fiscalização de fatos ocorridos em períodos passados quando eles repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, devendo conservar os documentos de sua escrituração, até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.
>
> MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.
>
> A operação consistente em constituir pessoa jurídica desprovida de atividade operacional, por breve período de tempo, sem propósito negocial justificado a não ser o de servir de veículo para a geração de ágio e sua posterior transferência para àquela que lhe deu causa, caracteriza fraude, qualificando a conduta infracional e motivando o agravamento da multa de ofício.
>
> JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
>
> A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao do vencimento.
>
> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Data do fato gerador: 31/12/2010 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. EMPRESAS DO MESMO GRUPO.
>
> CUSTO DE AQUISIÇÃO. ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA.
>
> AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO.

DOCUMENTO VALIDADO

O registro do custo de incorporação de ações de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da incorporadora deve ser feito pelo valor do patrimônio líquido, sendo vedado o reconhecimento de ágio com base em rentabilidade futura nessa operação, por faltar, à luz da Teoria da Contabilidade, a necessária independência entre as partes envolvidas.

INCORPORAÇÃO PATRIMONIAL ÀS AVESSAS. EMPRESA CONTROLADA INCORPORANDO A EMPRESA CONTROLADORA. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO FORMADO POR INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DE OUTRA EMPRESA DO MESMO GRUPO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

Na operação de incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a sua controladora, o ágio registrado na contabilidade desta, decorrente de anterior incorporação de ações de outra empresa do mesmo grupo econômico e que é absorvido pela controlada, não será reconhecido como ativo diferido, nem sua amortização será dedutível para fins fiscais, por faltar os pressupostos contábeis para qualificar tal valor como ágio.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em face da decisão do Acórdão transcrito anteriormente, a contribuinte, intimada em 05/07/2012 apresentou Recurso Voluntário (fls. 1.661 a 1.778) em 02/08/2012. Reiterou os argumentos já lançados em sua Impugnação e defendeu o cancelamento integral do lançamento tributário, reafirmando a tese de defesa de que a fiscalização analisou a operação de forma isolada, ignorando o contexto da *Joint Venture* formada com a GERMED. Reitera a validade do custo de aquisição formado pela incorporação de ações e a existência de propósito negocial. Pede o afastamento da qualificação da multa e questiona a legalidade dos juros sobre a multa. Alternativamente, requer o restabelecimento dos prejuízos fiscais e bases negativas glosados.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões (fls. 1.922 a 1.982), pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

Em sessão de julgamento realizada em 20 de junho de 2017, a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção proferiu a Resolução nº 1302-000.495 (fls. 2.087 a 2.103). O colegiado, por unanimidade, resolveu sobrestar o presente processo para aguardar o julgamento do Recurso Especial interposto nos autos do processo administrativo nº 16643.000392/2010-61. O Relator à época fundamentou a decisão na prejudicialidade da matéria, uma vez que a validade das despesas de amortização do ágio — e a consequente absorção de saldos de prejuízo fiscal e base negativa — estava sendo discutida naquele outro processo, pendente de análise pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Conselheiro **Henrique Nimer Chamas**, Relator.

ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, portanto, dele conheço.

DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A controvérsia cinge-se à existência ou não de infração no ágio amortizado pela recorrente. A fiscalização entende que as operações efetuadas pela contribuinte são desprovidas de essência, sendo artificiais; que ocorrera incorporação às avessas também sem razões específicas; que a EMS Investimentos S/A era empresa veículo; e a inexistência de pagamento do ágio (operação "não caixa", incorporação de ações).

Em resumo, a empresa EMS Investimentos foi adquirida pela Saltmont Empreendimentos e Participações e Saltriver Empreendimentos e Participações, sociedades que eram detidas por cada um dos sócios da EMS S/A (Carlos Eduardo Sanches e Nanci Sanchez, respectivamente). Foi constituída em 04/05/2004 e adquirida em 15/12/2004. Era administrada por Carlos e Nanci.

A EMS Investimentos incorporou a totalidade das ações da EMS S/A, convertendo-a em subsidiária integral, em 29/12/2024.

O laudo de avaliação das ações da EMS utilizou o método do fluxo de caixa descontado e atribuiu o valor de R$ 926.642.000,00.

Ao incorporar as ações da EMS S/A, a EMS Investimentos teve seu patrimônio aumentado, mediante a emissão de 140.000.000 de novas ações, no valor de R$ 140.000.000,00 a título de aumento de capital e R$ 786.642.000,00 como reserva de capital – o ágio na emissão de ações decorrente da incorporação das ações da EMS pelo valor de mercado totalizou R$ 781.360.784,97.

Em julho de 2005, com a incorporação da EMS Investimentos pela EMS S/A (incorporação reversa), o ágio passou a ser amortizado (o valor total do ágio R$ 788.477.711,19 compreendia o ágio na incorporação da EMS Investimentos e ativo diferido SAP Implantação).

Esta é a operação societária objeto do lançamento de ofício.

A contribuinte insurge-se apresentando o contexto das operações, em suma, a *joint venture* criada com a Germed, que considera os períodos de 2004 a 2007 (Memorando de entendimentos celebrado em 24/05/2004 e contrato de permuta entre Germed e EMS finalizado em 23/07/2007).

DOCUMENTO VALIDADO

RECURSO VOLUNTÁRIO

PRELIMINARMENTE

Decadência ou preclusão do direito de questionar os fatos que deram origem ao ágio

A contribuinte sustenta que teria decorrido a decadência ou a preclusão do direito de o Fisco questionar os fatos que deram origem ao ágio, porque o fato gerador do IRPJ e da CSLL não guardam relação com as operações societárias, ocorridas em 2004.

Não assiste razão à Recorrente.

O prazo decadencial somente é evidenciado com a ocorrência do fato gerador e consubstancia a perda do dever da autoridade administrativa de lançar o crédito tributário. Antes da ocorrência do fato gerador, sequer há que se falar em decadência.

O fato gerador, no caso da dedução das despesas de amortização do ágio, surge com a efetiva diminuição da base tributável do IRPJ e de seus reflexos. Antes das amortizações, não existiam reflexos fiscais (apenas contábeis) e, portanto, não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio.

Inclusive, o enunciado da Súmula CARF nº 116 pacificou o tema no âmbito deste tribunal: "*Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança*".

Logo, entendo não ter ocorrido a decadência ou a preclusão do direito de o Fisco lançar o crédito tributário referente ao ágio, no caso em análise.

MÉRITO

No mérito, as acusações fiscais, a meu ver, sustentam-se em dois pilares: (i) ausência de pagamento do ágio; e (ii) a "artificialidade" das operações, onde estariam inseridas as acusações de ágio interno, empresa veículo, incorporação às avessas e falta de "essência" das operações.

Ausência de "pagamento" pelo ágio

Com relação ao primeiro ponto, tem razão a contribuinte quando defende que a ausência de pagamento em dinheiro não invalida a existência do ágio. Isso porque o ágio é conceituado na lei como a diferença entre custo de aquisição e valor do investimento segundo a equivalência patrimonial. Não há na norma tributária a modalidade de contraprestação exigida para o surgimento do ágio e, nos termos do artigo 109 do CTN, o conceito cível de aquisição deve ser respeitado. Exige-se, porém, o denominado *sacrifício econômico*, isto é, que o investimento adquirido tenha contrapartida.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

A forma de pagamento, não impacta a substância econômica da aquisição do ágio, embora a aquisição compreenda a transferência de patrimônio. A contrapartida, portanto, poderia ser uma permuta, dação em pagamento, dinheiro, conferência de direitos, a incorporação e também a subscrição de ações.

A incorporação de ações é operação societária prevista no artigo 252 da Lei n° 6.404/1976. Nesse caso, a lei disciplina:

> Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.
>
> § 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)
>
> § 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação por metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto e, se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas, e os dissidentes da deliberação terão direito de se retirar da companhia, observado o disposto no inciso II do caput do art. 137 desta Lei, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)
>
> § 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.
>
> § 4o A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Por ser admitida pela legislação, não há dúvidas que é lícita.

A incorporação de ações pode, portanto, ser considerada uma forma de aquisição de participação societária onerosa, seja para quem subscreve o aumento de capital (incorporadora) seja para os sócios da sociedade incorporada. A lei prevê exatamente a forma em que se opera a incorporação de ações: há deliberação das duas companhias, incorporadora e incorporada; protocolo e justificação da incorporação de ações; autorização de aumento de capital social, subscrição e integralização do mesmo.

DOCUMENTO VALIDADO

Há sinalagma, há contrapartida. Os acionistas da empresa incorporada trocam suas ações em proporção adequada da empresa incorporadora, tornando a incorporada sua subsidiária integral.

Não há questionamento sobre a efetiva "troca de ações". Isso significa, portanto, que não há dúvidas de que a contribuinte pagou pelos ativos adquiridos – suportou o *sacrifício econômico* - e, tratando-se de um valor pago a maior do que o valor patrimonial, como ocorrera no caso, a diferença deve respeitar o artigo 385, do RIR/1999, e ser registrada como ágio, desdobrando-se o custo de aquisição entre "valor do patrimônio líquido" e "ágio ou deságio".

Superada tal situação, analiso os demais aspectos.

Ágio interno e a ausência de vedação legal até 2014

Um dos pontos centrais da controvérsia reside na alegação de que o ágio gerado em operações intragrupo (ágio interno) não seria dedutível para fins fiscais. A fiscalização fundamentou essa posição na "teoria contábil" que vedaria o reconhecimento de ágio entre empresas do mesmo grupo econômico.

Ocorre que a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores não estabelecia qualquer restrição dessa natureza. O artigo 36 da Lei nº 10.637/2002, que regulamentou aspectos específicos da tributação de reorganizações societárias, não trouxe previsão, exigência ou impedimento ao reconhecimento de ágio gerado entre empresas relacionadas.

O princípio da legalidade tributária, consagrado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, determina que nenhum tributo pode ser exigido ou majorado, nem benefício fiscal negado, sem que lei em sentido estrito assim o estabeleça. O silêncio da lei sobre eventual vedação ao ágio interno deve ser interpretado como permissão, não como proibição. Não cabe ao intérprete ou à autoridade fiscal criar restrições não expressas na legislação para impedir o uso de instituto expressamente previsto e regulamentado.

Somente com o advento da Lei nº 12.973/2014 é que o legislador passou a vedar expressamente a dedutibilidade fiscal de ágio apurado na aquisição de participação societária entre partes dependentes ou relacionadas. Essa nova restrição, contudo, não pode retroagir para alcançar operações realizadas anteriormente, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.

Até a edição dessa lei, o ordenamento jurídico tributário brasileiro apenas combatia operações artificiais ou simuladas, não havendo qualquer impedimento legal ao ágio interno quando presente substância econômica e cumpridos os requisitos da Lei nº 9.532/1997.

Além disso, a tentativa da fiscalização de aplicar a "teoria contábil" para negar a dedutibilidade do ágio interno revela confusão entre os sistemas contábil e tributário, que possuem finalidades e regras distintas.

DOCUMENTO VALIDADO

O sistema contábil tem por objetivo fornecer informações financeiras úteis aos usuários das demonstrações contábeis (investidores, credores, administradores), seguindo princípios e normas emanadas de órgãos reguladores como o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e normas internacionais de contabilidade (IFRS). Já o sistema tributário precipuamente tem finalidade arrecadatória e deve observar estritamente os princípios constitucionais tributários, especialmente os da legalidade e da tipicidade.

O fato de determinada prática contábil não reconhecer certos eventos ou valores não implica automaticamente sua irrelevância para fins tributários, e vice-versa. O direito tributário brasileiro adota o princípio da independência entre os dois sistemas – com algumas aproximações no lucro real -, podendo a legislação fiscal estabelecer critérios próprios de reconhecimento de receitas, despesas e custos.

A alegação de que normas contábeis posteriores aos fatos geradores poderiam fundamentar a glosa de despesas de amortização de ágio representa violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade. Normas contábeis não têm força de lei tributária e não podem criar obrigações ou restringir direitos do contribuinte retroativamente.

A compreensão da separação entre contabilidade e tributação foi reforçada com a introdução do Regime Tributário de Transição (RTT) pela Lei nº 11.941/2009.

Esse regime foi instituído para neutralizar os efeitos tributários decorrentes da adoção das novas normas contábeis introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, que harmonizou a contabilidade brasileira aos padrões internacionais (IFRS). Reconhecendo que as alterações contábeis tinham finalidade de aprimorar a informação financeira, mas não objetivavam modificar a carga tributária, o legislador estabeleceu que, para fins de apuração do lucro real, deveriam ser desconsideradas as modificações nas regras contábeis posteriores a 31 de dezembro de 2007.

O RTT confirma que eventuais mudanças em critérios contábeis não podem, por si sós, impactar a apuração da base de cálculo dos tributos, reforçando a autonomia do sistema tributário e a necessidade de lei específica para qualquer alteração na forma de apuração do lucro tributável.

Aplicar interpretações contábeis posteriores aos fatos geradores para negar a dedutibilidade de despesas que eram reconhecidas pela legislação tributária vigente à época representaria retroação indevida e violação à segurança jurídica. Soma-se a isso o fato de que não existia vedação legal à amortização do ágio gerado intragrupo, desde que a operação seja hígida, sobretudo, no que tange à comprovação dos requisitos para sua amortização.

Isto posto, entendo pela validade do ágio gerado nas operações analisadas, afastando a acusação relacionada à inexistência de ágio, por ser este gerado intragrupo. Analiso, então, as acusações de artificialidade das operações societárias.

Artificialidade das operações, propósito negocial e o ágio

DOCUMENTO VALIDADO

Não se desconhece que operações simuladas ou artificiais, realizadas exclusivamente com o propósito de reduzir a carga tributária sem substância econômica real, não merecem proteção do ordenamento jurídico e podem ter seus efeitos fiscais desconsiderados.

A distinção fundamental reside em diferenciar o ágio interno válido do ágio interno inválido: (i) o ágio interno válido caracteriza-se por operações juridicamente existentes, com efetiva substância econômica, nas quais há comprovada expectativa de rentabilidade futura que justifique o sobrepreço pago, acompanhada de sacrifício econômico real por parte do adquirente - nessas situações, ainda que envolvendo partes relacionadas, o ágio representa genuína avaliação de potencial de geração de lucros e cumpre todos os requisitos da Lei 9.532/1997; (ii) ágio interno inválido decorre de operações simuladas ou artificiais, nas quais não há sacrifício econômico efetivo, a avaliação do investimento é arbitrária ou mentirosa, e a documentação foi elaborada apenas para criar aparência de legalidade a uma operação cuja única finalidade é a evasão tributária.

A caracterização de simulação não se presume pela simples existência de relacionamento entre as partes. É necessária demonstração concreta de que o negócio jurídico foi artificioso, com dolo específico de evadir tributos, ausência de propósito negocial legítimo e inexistência de sacrifício econômico real.

Havendo avaliação fundamentada, laudo técnico demonstrando expectativa de rentabilidade futura, comprovação do investimento realizado e efetiva absorção patrimonial posterior, o ágio deve ser reconhecido como válido, independentemente de as partes integrarem o mesmo grupo econômico.

Nesse contexto, a análise da essência das operações de reorganização societária é fundamental para distinguir a elisão fiscal, lícita, da evasão fiscal, ilícita.

No caso concreto, a operação de reestruturação societária que gerou o ágio tinha finalidades empresariais claramente identificadas: viabilizar associação com empresa estrangeira, permitir entrada no mercado externo e potencializar a geração de lucros.

Destaco alguns indicativos que, a meu ver, atestam pela essência das operações realizadas:

(i) a *joint venture* com a Germed, tal como consta no Memorando de Entendimentos, indica a intenção de expansão internacional do Grupo EMS no segmento de medicamentos genéricos;

(ii) a existência da EMS Investimentos viabilizou essa associação com a Germed e, na incorporação de ações a valor de mercado manteve o equilíbrio de quotas; e

(iii) a *joint venture*, gerou perdurou no tempo e resultados positivos para a recorrente.

DOCUMENTO VALIDADO

Esses objetivos foram efetivamente alcançados, conforme comprovado pela documentação acostada aos autos e pelos resultados obtidos posteriormente.

Toda a reorganização societária estava devidamente documentada, com contratos formalizados, laudos de avaliação fundamentados em projeções de rentabilidade, registro contábil adequado e comunicação às autoridades fiscais. Não se tratava, portanto, de operação dissimulada ou oculta.

O propósito negocial legítimo pode ser, exatamente, o de realizar reorganização societária para aproveitar normas permissivas criadas pelo próprio Estado. A legislação tributária, ao estabelecer tratamento específico para incorporações, fusões e cisões, e ao permitir a amortização de ágio em determinadas condições, cria incentivos para que contribuintes estruturem suas operações de determinada forma. Valer-se dessas normas, cumprindo todos os requisitos legais, constitui exercício regular de direito, não configurando abuso ou fraude.

A elisão fiscal, consistente no planejamento tributário que busca a menor carga tributária possível por meios permitidos em lei, é plenamente legítima e distingue-se da evasão fiscal, ilícita. Não se pode confundir a organização empresarial eficiente, que aproveita alternativas legais menos onerosas, com práticas fraudulentas ou simulatórias.

Nesse sentido, não identifico qualquer artificialidade nas operações analisadas, bem como não reputo ser a EMS Investimentos uma "empresa-veículo". Sobre o tema, inclusive, aproveito-me das considerações contidas no Acórdão CSRF nº 9101-003.397, sobre situação similar à do caso:

> Com paralelo nas "conduit companies", a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.
>
> Salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.
>
> A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. [1] classifica de "permissão fraca". Ensina o Professor que:
>
> > "Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma

[1] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da compensação de prejuízos fiscais ou da trava de 30%, in Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, ano 10, n. 60. Belo Horizonte, 2012.

DOCUMENTO VALIDADO

> (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se permissão fraca. Já a permissão que resulta da norma se chama permissão forte, que aponta para a liberdade no sentido positivo."

> De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo.
>
> O que há é uma tese sobre uma "interpretação" da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

O racional é válido para se compreender que operações intermediárias não necessariamente inviabilizam a amortização do ágio, salvo em hipótese de fraude. Em complemento ao trecho citado acima, no mesmo voto:

> Se por qualquer motivo determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa), poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da economia de opção e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as restruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a fórmula operacional básica prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida restruturação societária e transferência do investimento com ágio.

Diante dessas considerações, entendo que inexiste simulação, fraude ou qualquer outra artificialidade nas operações societárias analisadas e que geraram o ágio amortizado objeto das autuações.

Assim, afastadas a infração relacionada à "ausência de pagamento do ágio", porquanto houve sacrifício econômico, e acusação de "artificialidade" das operações, diante da identificação de "ágio interno", "empresa veículo", "incorporação às avessas" e falta de "essência" das operações, entendo que o ágio poderia ser amortizado pela contribuinte, tal como ocorreu.

Tal entendimento se aplica também ao lançamento relacionados à CSLL.

PREJUÍZO FISCAL E BCN

Quanto ao prejuízo fiscal glosado, porquanto o processo administrativo nº 16643.000392/2010-61 teve resultado favorável a contribuinte, após decisão judicial que manteve

DOCUMENTO VALIDADO

Original

como definitiva a decisão proferida no Acórdão nº 1301-001.299 e esta cancelou as exigências relacionadas à amortização do ágio (fls. 2.296 a 2.337), tem-se que a glosa das compensações de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa devem ser canceladas, sendo reestabelecido o saldo originalmente aproveitado.

Assim, cancelo a glosa de compensação de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa lançadas pela autoridade fiscal.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do Recurso Voluntário, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, **dou-lhe provimento** para exonerar as exigências lançadas.

Tendo sido vencido quanto à matéria relacionada ao ágio, julgo os demais temas suscitados no Recurso Voluntário.

MULTA QUALIFICADA

O artigo 44 da Lei 9.430/1996 e suas várias alterações, condicionava a aplicação da multa de 150% aos casos de sonegação, fraude ou conluio definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, isto é, nas hipóteses de conduta qualificada.

A Lei nº 14.689/2023 modificou este cenário e instituiu a multa majorada com duas espécies de qualificação de acordo com a conduta praticada: (i) conduta qualificada (sonegação, fraude ou conluio), multa de 100%; (ii) conduta qualificada com reincidência do sujeito passivo no prazo de dois anos, multa de 150%.

Eis o teor da alteração legislativa

> Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
>
> I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
>
> § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de:(...)
>
> VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício;

DOCUMENTO VALIDADO

> VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo.
>
> § 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões.
>
> § 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando:
>
> I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964;
>
> II – houver sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo do qual decorra imputação criminal do sujeito passivo; e
>
> (...)

A modificação supramencionada atrai a aplicação do artigo 106, inciso II, alínea 'c', do CTN, porquanto a lei nova se aplica a ato ou fato pretérito, no caso de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época da prática da infração. É o instituto comumente conhecido como retroatividade benigna, veja:

> Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...)
>
> II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:
>
> a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim sendo, o percentual de 150% da referida multa somente se aplicaria no caso de reincidência, ou seja, quando ficar comprovado que o sujeito passivo, no prazo de 2 (dois) anos, contado do lançamento anterior, incorreu novamente em conduta qualificada por sonegação, fraude ou conluio. Verifica-se, pois, que a lei instituiu uma nova hipótese para imputação da multa de 150%, a reincidência qualificada, a qual não poderia retroagir, nos termos do artigo 104 do CTN.

Ainda assim, para que se aplique então a multa qualificada, mas não decorrente de reincidência, é necessário se comprovar as condutas de sonegação, fraude e conluio, tal como dispostas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964:

> Art. 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:
>
> I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

DOCUMENTO VALIDADO

> II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
>
> Art. 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.
>
> Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A interpretação do texto legal é o suficiente para se identificar os elementos caracterizadores de cada uma das condutas tipificadas: (i) na sonegação, se exige a conduta dolosa visando impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou das condições pessoais de contribuinte que possam afetar o crédito tributário – a ocultação do fato gerador já ocorrido; (ii) a fraude é a conduta dolosa que visa impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, podendo, ainda, excluir ou modificar suas características essenciais, com a finalidade de reduzir o tributo devido ou diferir o seu pagamento – se altera características essenciais ao fato gerador, a fim de obter vantagem econômica; e (iii) conluio é o ajuste doloso entre as pessoas para a prática da sonegação ou da fraude.

A aplicação da multa qualificada é medida de caráter excepcional, devendo-se comprovar as condutas dolosas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Para se subsumir uma conduta à norma que prescreve a qualificação da multa não basta imputar ao contribuinte um mero "*querer praticar*" o ato objeto da infração, pelo contrário, deve-se aferir o elemento subjetivo da conduta, isto é, comprovar que o contribuinte tinha a plena consciência do que estava fazendo e que ante às condições circunstanciais, a conduta é ilícita.

Exige-se, nos três casos, a constatação do dolo como elemento subjetivo da hipótese tipificada. Isso significa que é indispensável à vontade consciente de se praticar a conduta de sonegação, fraude ou conluio.

Salienta-se que a conduta tipificada já era necessária para a aplicação da multa qualificada, antes da alteração da Lei nº 14.689/2023, mas a exigência foi positivada, conforme §1º-C, do artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com sua nova redação.

No caso concreto, discordo dos fundamentos para a aplicação da multa qualificada. Não foi adequadamente comprovada a intenção dolosa da contribuinte e nem o seu evidente intuito fraudatório. Logo, não se vislumbra claramente o nexo de causalidade, no caso concreto, entre a conduta da contribuinte e a fraude.

A saber, todas as operações foram estavam devidamente documentadas, com contratos formalizados, laudos de avaliação fundamentados em projeções de rentabilidade futura, registro contábil adequado, registro na junta comercial competente e fornecimento de

DOCUMENTO VALIDADO

informações às autoridades fiscais, quando solicitadas. Não se tratava, portanto, de operação dissimulada ou oculta e nem fraudulenta.

Há, sim, uma divergência interpretativa sobre um mesmo fato jurídico, mas não há dolo no cometimento de ilícitos passiveis de sanção qualificada.

Isto posto, voto por reduzir a multa qualificada ao percentual da multa de ofício, isto é, 75%.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Uma das matérias veiculadas no Recurso Voluntário se atine à ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre multa de ofício, por falta de previsão legal.

Esta matéria foi pacificada no âmbito do CARF, que editou a Súmula Vinculante nº 108, publicada no DOU em 11/09/2018, com a seguinte redação:

> 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.

Assim sendo, de rigor a manutenção da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do Recurso Voluntário, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, tendo sido vencido quanto à matéria da amortização do ágio, **dou-lhe parcial provimento** para cancelar o lançamento relacionado à glosa de compensação de prejuízos fiscais e afastar a qualificação da multa, reduzindo seu percentual para 75%.

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas

VOTO VENCEDOR

Sérgio Magalhães Lima, redator designado

DOCUMENTO VALIDADO

Peço vênia para divergir do nobre Relator em seu entendimento favorável ao provimento do recurso voluntário do Contribuinte quanto à glosa da amortização de despesas de ágio referente exclusivamente à competência de junho/2010.

Passo ao exame de mérito.

Os fatos são incontroversos e merecem ser narrados em sua sequência para que a artificialidade se revele por si mesma:

Em dezembro/2004, a EMS Investimentos S/A — empresa constituída no mesmo mês, sem empregados, sem operações e sem qualquer atividade econômica própria — incorporou a totalidade das ações da EMS S/A pelo valor de R$ 926.642.000,00, fixado com base em laudo de fluxo de caixa futuro descontado. A diferença entre esse valor e o patrimônio líquido das ações gerou ágio de R$ 781.360.784,97, registrado contabilmente.

Em julho/2005 — aproximadamente oito meses após a sua constituição —, a EMS Investimentos S/A foi incorporada pela própria EMS S/A, em operação denominada 'incorporação reversa' ou 'às avessas'. Com isso, o ágio de R$ 781 milhões foi transferido para a EMS S/A, que passou a amortizá-lo fiscalmente.

Ao final das operações, a estrutura societária do grupo era exatamente a mesma que existia antes de seu início. Nenhuma riqueza circulou. Nenhum agente econômico ficou “mais rico” ou “mais pobre”. O único resultado concreto foi o surgimento, na contabilidade da EMS S/A, de R$ 781 milhões em despesas dedutíveis de IRPJ e CSLL.

Esse quadro revela três vícios objetivos que, individualmente, cada um por si só, seriam suficientes para afastar a dedutibilidade pretendida. Vejam-se:

Primeiro, em relação à ausência de investidora originária real. O art. 386 do RIR/1999 pressupõe, em seu aspecto pessoal, uma pessoa jurídica que efetivamente acreditou na mais-valia do investimento e suportou o custo correspondente. A EMS Investimentos não adquiriu as ações da EMS S/A — emitiu suas próprias ações para os mesmos controladores que já detinham, indiretamente, a totalidade das ações da EMS S/A. Não havia investidora e investida com interesses patrimoniais distintos. Havia os mesmos controladores em ambos os polos do negócio.

Segundo, quanto à ausência de sacrifício patrimonial. Não houve desembolso de qualquer recurso, nem entrega de ativo com valor econômico autônomo. As ações emitidas pela EMS Investimentos representavam participação em uma empresa que detinha, como único ativo, as próprias ações da EMS S/A. O patrimônio líquido consolidado do grupo, antes e depois das operações, permaneceu rigorosamente idêntico. Não há sobrepreço a recuperar quando nenhum preço foi pago.

Terceiro, no tocante à artificialidade da empresa-veículo. A EMS Investimentos existiu por oito meses. Não teve empregados. Não realizou operações. Apresentou campos praticamente zerados em suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais. Seu único 'ativo'

DOCUMENTO VALIDADO

era a participação na EMS S/A; seu único 'passivo' era a reserva de ágio correspondente. Foi constituída, usada como veículo para gerar o ágio, e extinta. Nenhuma característica de empresa com existência econômica real está presente.

Em sua defesa, a Recorrente sustenta que a EMS Investimentos foi constituída como etapa necessária para a implementação de uma joint venture com a empresa portuguesa GERMED Farmacêutica Lda., e que as ações precisavam ser avaliadas a valor de mercado para que a permuta pudesse ser realizada em condições equitativas. Esse argumento é o mais elaborado da defesa e merece exame cuidadoso — justamente porque tem aparência de coerência que não resiste à análise dos fatos.

Três inconsistências, cada uma suficiente por si mesma, afastam o argumento. Vejam-se:

A primeira é temporal. O contrato de joint venture com a GERMED foi firmado em julho/2004. A avaliação das ações da EMS S/A que deu origem ao ágio foi realizada em novembro/2004. A permuta de ações que concretizou a parceria só ocorreu em julho/2007. Se a valoração das ações era condição para a joint venture, como explicar que o contrato de joint venture foi firmado quatro meses antes de qualquer valoração? A GERMED não aguardou nem condicionou sua entrada à avaliação que a Recorrente alega ser o propósito de toda a estrutura. A cronologia dos fatos, por si só, desfaz a narrativa.

A segunda é quantitativa. A permuta com a GERMED envolveu 1% das ações da EMS S/A — duzentas mil ações de um universo de aproximadamente vinte milhões. O sobrepreço correspondente a essa parcela, pela avaliação realizada, era de aproximadamente R$ 7,8 milhões. O ágio registrado e amortizado pela Recorrente foi de R$ 781,3 milhões — sobre a totalidade das ações, incluindo os 99% que jamais foram objeto de negociação com a GERMED. Aceitar que a necessidade de valorar 1% das ações para uma parceria legitima a dedução fiscal sobre 100% do ágio correspondente equivale a admitir uma desproporção de cem vezes entre o propósito declarado e o benefício obtido. Esse descompasso não é acidental — revela que a GERMED foi instrumentalizada como justificativa retroativa, não como causa real da operação.

A terceira é estrutural. Ainda que se admita que a valoração das ações fosse necessária para a joint venture — o que os dois pontos anteriores já refutam —, essa valoração não exigia a constituição da EMS Investimentos, a incorporação das ações, a geração do ágio contábil e a posterior incorporação reversa. A avaliação poderia ter sido realizada diretamente por laudo independente, com validade imediata para fins da permuta com a GERMED — exatamente como ocorreu em julho/2007, quando a permuta foi efetivada com base em laudos de avaliação, sem qualquer participação da EMS Investimentos, que já havia sido extinta dois anos antes. A empresa-veículo era absolutamente desnecessária para o propósito negocial alegado. Era necessária apenas para uma coisa: gerar o ágio que seria amortizado fiscalmente.

Há ainda uma quarta incoerência, de natureza lógica. O propósito negocial alegado pela Recorrente é a valoração das ações para permitir uma permuta justa com a GERMED. Mas a

DOCUMENTO VALIDADO

valoração já estava feita — o laudo de R$ 926 milhões existia e poderia ser usado diretamente. O que a estrutura com a EMS Investimentos fez, adicionalmente à valoração, foi precisamente gerar o ágio. Se o propósito fosse apenas valorar as ações, a estrutura seria desnecessária. A única função adicional que a estrutura cumpriu foi a geração do ágio. Isso demonstra que o propósito real da estrutura era, em sua essência, tributário.

Um teste simples e revelador permite isolar o propósito real de uma operação: se o contribuinte soubesse que não poderia deduzir fiscalmente a amortização do ágio, a estrutura teria sido montada da mesma forma?

A resposta, no caso concreto, é evidentemente negativa. Sem o benefício fiscal, não haveria razão alguma para constituir uma empresa sem funcionários e sem operações, incorporar ações por R$ 926 milhões sem desembolso de qualquer recurso, aguardar oito meses e então promover a incorporação reversa. A joint venture com a GERMED teria sido implementada diretamente, com laudo de avaliação para fins da permuta — como de fato o foi, em julho/2007, sem qualquer participação da EMS Investimentos.

Esse teste confirma que o benefício fiscal não era consequência acessória ou secundária da operação. Era sua razão de ser. A joint venture com a GERMED foi real e bem-sucedida, mas foi operacionalizada de forma autônoma e independente da estrutura que gerou o ágio. As duas coisas ocorreram no mesmo período, mas não eram causalmente conectadas da forma que a Recorrente sustenta.

Quanto ao laudo de avaliação, a Recorrente afirma que, por ter sido elaborado por empresa independente e por apontar valor de mercado de R$ 926.642.000,00 para as ações da EMS S/A, seria suficiente para legitimar o ágio. O argumento, contudo, confunde a mensuração do sobrepreço com a existência do sacrifício patrimonial que a norma pressupõe.

Um laudo tecnicamente correto pode demonstrar qual seria o valor de mercado das ações em determinado momento. Mas o laudo não cria o sacrifício patrimonial — apenas o mensura. Se ninguém suportou efetivamente esse valor como custo de aquisição, o laudo é irrelevante para fins de dedutibilidade da amortização do ágio. A norma não exige apenas que o adquirente saiba quanto vale o investimento — exige que ele tenha efetivamente incorrido no sacrifício correspondente.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, no que tange à amortização do ágio referente ao período de junho de 2010, nego provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Sérgio Magalhães Lima

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO