



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2152642 - RJ (2024/0226976-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : VIACAO JOANA D'ARC S/A
ADVOGADOS : SANDRO COGO - ES007430
ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
SARA DIAS BARROS - ES011337
BRUNO GOLDNER - ES020017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997. DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora. Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque

não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos. Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular. Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado “abuso no exercício de direitos”. Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta

conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado “abuso da personalidade jurídica”, que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontre caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica. Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada “empresa veículo”, cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito comercial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio *codex* de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da “função social da empresa” como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

X - Sob essas lentes, *data vênia*, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira “casual”. O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o *rule of law*, consagrado no Texto Constitucional como o chamado “devido processo legal substantivo”.

XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

XII - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de novembro de 2024.

Ministro Francisco Falcão
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2152642 - RJ (2024/0226976-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : VIACAO JOANA D'ARC S/A
ADVOGADOS : SANDRO COGO - ES007430
ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
SARA DIAS BARROS - ES011337
BRUNO GOLDNER - ES020017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997. DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora. Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque

não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos. Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular. Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado “abuso no exercício de direitos”. Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta

conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado “abuso da personalidade jurídica”, que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontre caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica. Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada “empresa veículo”, cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito comercial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio *codex* de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da “função social da empresa” como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

X - Sob essas lentes, *data vênia*, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira “casual”. O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o *rule of law*, consagrado no Texto Constitucional como o chamado “devido processo legal substantivo”.

XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

XII - Recurso especial provido.

RELATÓRIO

Trata-se, na origem, de embargos à execução opostos nos autos da Execução Fiscal n. 5010102-69.2019.4.02.5001, pela Viação Joana D'arc S.A., com o intuito de afastar a cobrança dos créditos tributários de IRPJ e CSLL, consubstanciados no Processo Administrativo Fiscal n. 15586.720056/2011-89, no valor histórico de R\$ 5.356.487,76 (cinco milhões, trezentos e cinquenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e setenta e seis centavos).

Relata a contribuinte, ora recorrida, que as autoridades fiscais desconsideraram a incorporação da empresa Sodam Empreendimentos e Participações S.A. Como

consequência, passou a exigir o IRPJ e a CSLL vinculados à amortização do ágio gerado na operação societária, sob o argumento de que a empresa incorporada foi criada e utilizada meramente como veículo para transporte de ágio gerado artificialmente. Isso porque a incorporação não teria envolvido terceiros (partes independentes) e tampouco demandou efetivo desembolso financeiro.

Em síntese, a contribuinte defende que: i) não deve prosperar o argumento de que a Sodam seria mera empresa de veículo patrimonial; ii) inexistente vedação legal à amortização do ágio interno; iii) inaplicabilidade da Instrução Normativa da CVM n. 349/2001; iv) impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 44, I e §1º, da Lei n. 9.430/1996, pelo não enquadramento dos fatos nas hipóteses dos arts. 71 e 73 da Lei n. 4.502/1964; v) impossibilidade de aplicação de multa isolada; e vi) impossibilidade de incidência dos juros sobre a multa.

O Juízo de primeira instância julgou parcialmente procedentes os embargos à execução apenas para excluir a majoração em dobro da multa de ofício, prevista no art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/1996, bem como a multa isolada prevista no art. 44, II, da norma acima mencionada (fls. 907-917).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento ao recurso de apelação da contribuinte, por meio de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÁGIO. INCORPORAÇÃO REVERSA. LEI Nº 12.973/14. PROVA PERICIAL CONTÁBIL. INCABÍVEL. QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA TESE 1.076 DO STJ E DO § 6º-A, ART. 85, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA.

1. VIAÇÃO JOANA D'ARC S.A. e UNIÃO FEDERAL interpõem recurso de apelação em face de sentença do evento 35, proferida pelo juízo da 4ª Vara Federal de Execução Fiscal de Vitória-ES, que (i) julgou parcialmente procedente o pedido formulado nestes embargos à execução fiscal, apenas para excluir a majoração em dobro da multa de ofício prevista no art. 44 § 1º da Lei 9430/96, bem como a multa isolada prevista no art. 44 - II da Lei 9430/96. Por fim, condenou a União ao pagamento de honorários, na parte em que foi sucumbente.

2. A execução fiscal correlata (nº 5010102-69.2019.4.02.5001), ajuizada em 2019 pela União em face de VIACAO JOANA D'ARC S/A, tem por objeto a cobrança de IRPJ e CSLL, acrescidos de multa qualificada, multa isolada, e juros de mora (Selic), no valor

originário de R\$ 5.356.487,76.

3. A questão posta nos autos reside na possibilidade de transferência do ágio amortizado pela pessoa jurídica investidora originária para uma “empresa veículo”, criada para figurar como ponte para o pagamento do ágio ou como temporária receptora da participação adquirida.

4. A fiscalização teve início com a verificação de incorporação reversa com geração de ágio, utilizando-se da empresa veículo SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, uma vez que tal empresa não efetuou nenhum ato comercial, tendo sido constituída somente para incorporar e posteriormente ser incorporada pela apelante, gerando um “ágio passível de amortização”.

5. Na ocasião, verificou-se que “toda a operação ocorreu intra-grupo, utilizando-se dos benefícios fiscais previstos nos artigos 7ª da Lei nº 9.532/97 e 36 da Lei nº 10.637/02, sem que tenha havido o efetivo pagamento do ágio. Desta forma, a União alega que a apelante utilizou indevidamente o benefício fiscal de amortização de ágio, durante os anos de 2007 e 2008, o qual foi gerado internamente através de uma operação de incorporação reversa”.

6. O montante total do ágio “foi de R\$ 16.204.632,35, que está sendo amortizado em 72 parcelas mensais de R\$ 192.835,12. Nos balancetes e nas DIPJ dos anos-calendário de 2007 e de 2008, estão contabilizados e declarados como “despesas de amortização de ágio” os valores de R\$ 405.115,80 e R\$ 2.314.021,44, que correspondem ao valor mensal de R\$ 192.835,12; estes valores não foram adicionados na Demonstração do Lucro Real (DIPJ e LALUR)”. Desta forma, a União entende que tais despesas devem ser glosadas.

7. A constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC com “ágio”, foi posteriormente incorporada (também em 2007), por esta mesma empresa para possibilitar a amortização do “ágio”, o qual reduziu as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, demonstrando a intenção de reduzir os tributos devidos.

8. Como se vê, a questão posta nos autos cinge-se à análise meritória (conformidade de atos empresariais com o direito), nada tendo que ser objeto de prova pericial contábil.

9. A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) negou provimento à apelação da União para confirmar a sentença de primeira instância que havia anulado autos de infração e créditos tributários cobrados da empresa CREMER S.A., sediada em Blumenau (SC). Os autos de infração foram aplicados sobre ágios (diferença entre o valor pago e valor da avaliação de um patrimônio) decorrentes da incorporação da CREMEPAR pela CREMER, em 2004. A decisão unânime do colegiado foi proferida em 10/08/2021, no processo nº 5010311-02.2018.4.04.7205. O relator do caso, o juiz federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila, destacou que não se pode admitir um tratamento tributário diverso do previsto na lei vigente na época: “Até a vigência da Lei nº 12.973/14 não havia proibição legal que fosse gerado ágio entre partes relacionadas. E a forma legal específica de sua amortização era a do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Existia a definição precisa da regra aplicável, sem qualquer vedação ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes”.

10. No caso dos autos, a constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC, ocorreu antes da vigência da Lei nº 12.973/14, motivo pelo qual o auto de infração deve ser anulado.

11. O Eg. STJ, na decisão monocrática proferida pela Ministra Assusete Magalhães, em 13/08/2019 com trânsito em julgado do REsp nº 1.499.042, em 15/02/2020, posicionou-se no sentido da possibilidade do aproveitamento do ágio decorrente de incorporação de empresas, consignando que: a) “o fato de a conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental” e, b) “decisões favoráveis ao aproveitamento de ágio têm sido proferidas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, com o cancelamento de autos de infração que impunham vultosas dívidas fiscais, inclusive nas hipóteses de operações de incorporação reversa”.

12. A matéria foi afetada, pela Corte Especial do STJ, para julgamento segundo o rito dos recursos representativos de controvérsia, previsto nos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, no REsp 1.850.512/SP e no REsp 1.877.883/SP. A controvérsia restou assim delimitada: “Definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados” (Tema 1.076/STJ).

13. No julgamento dos referidos Recursos Especiais repetitivos, a Corte Especial firmou as seguintes teses: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

14. Acrescento que foi incluído pela Lei nº 14.365/2022 o § 6º-A no art. 85 do CPC, o qual veda expressamente a apreciação equitativa quando não forem as hipóteses previstas do § 8º do mesmo dispositivo. Confira-se: § 6º-A. Quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 2º e 3º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.365, de 2022).

15. Os honorários advocatícios devem ser fixados em favor do advogado da parte executada, nos percentuais mínimos estipulados nas faixas do § 3º do art. 85 do CPC, com base no valor da causa atualizado (art. 85, § 4º do CPC), que corresponde ao proveito econômico obtido, observado o disposto no § 5º desse mesmo dispositivo.

16. Recurso de apelação da VIAÇÃO JOANA D'ARC S.A provido. Recurso de apelação da União prejudicado.

Os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional às fls. 1.198-1.220 foram improvidos por meio de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TESE 1.076 DO STJ E DO § 6º-A, ART. 85, DO CPC. HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DE OMISSÕES E OBSCURIDADES.

1. UNIÃO FEDERAL opõe embargos de declaração, com pedido de atribuição de efeitos infringentes, em face do acórdão do evento 75, que, por maioria, deu provimento a apelação de VIAÇÃO JOANA D'ARC S/A, para deconstituir a CDA que lastreou a execução fiscal, condenando a União ao pagamento de honorários, nos termos do art. 85, §§ 3º ao 5º do CPC/15 e, por fim, julgar prejudicada a apelação da União.

2. Nos termos do art. 1.022, I e II, do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para o esclarecimento de obscuridade e eliminação de contradição, para suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz e para corrigir erro material.

3. O acórdão embargado registrou expressamente que: (i) “Até a vigência da Lei nº 12.973/14 não havia proibição legal que fosse gerado ágio entre partes relacionadas. E a forma legal específica de sua amortização era a do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Existia a definição precisa da regra aplicável, sem qualquer vedação ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes”; (ii) o caso dos autos, conforme acima explicitado, a constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC, ocorreu antes da vigência da Lei nº 12.973/14, motivo pelo qual o auto de infração deve ser anulado e, (iii) o Eg. STJ, na decisão monocrática proferida pela Ministra Assusete Magalhães, em 13/08/2019 com trânsito em julgado do REsp nº 1.499.042, em 15/02/2020, posicionou-se no sentido da possibilidade do aproveitamento do ágio decorrente de incorporação de empresas, consignando que: a) “o fato de a conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental” e, b) “decisões favoráveis ao aproveitamento de ágio têm sido proferidas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, com o cancelamento

de autos de infração que impunham vultosas dívidas fiscais, inclusive nas hipóteses de operações de incorporação reversa”.

4. Verifica-se que, na verdade, com base em alegações de omissões e obscuridades deseja a embargante modificar o julgado por não-concordância, sendo esta a via inadequada. Portanto, se entende que a decisão adotou entendimento contrário ao que persegue ou que não está correta, deve a embargante interpor o recurso cabível, já que no caso não existe qualquer vício a comprometer o resultado do julgamento, sua clareza e completude, nem se destinam os embargos de declaração à rediscussão da matéria já apreciada.

5. Diante destas considerações, não há que se falar em inversão de honorários, como pretende a embargante. Quanto aos honorários, o caso em apreço amolda-se perfeitamente à tese fixada pelo STJ no tema 1076, motivo pelo qual deve ser obrigatoriamente aplicada, diante de seu efeito vinculante em relação a órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 927, III do CPC/15.

6. No caso dos autos, o valor atualizado da execução fiscal corresponde ao valor do proveito econômico e, por ser elevado (R\$ 5.356.487,76 em 2019), não pode haver apreciação equitativa para fins de fixação de honorários, nos termos do § 6º-A no art. 85 do CPC. Nesta perspectiva, nada a reparar no acórdão embargado, ao fixar os honorários, nos termos do art. 85, §§3º ao 5º do CPC.

7. Embargos de Declaração da União desprovidos.

Em seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, a Fazenda Nacional alega que o acórdão de origem viola os seguintes dispositivos legais: art. 111 do CTN; arts. 7º e 8º da Lei n. 9532/1997; arts. 20, 21, 22, 23, 25 e 33 do Decreto-lei n. 1.598/1977; art. 13, III, da Lei n. 9.249/1995; art. 187 do Código Civil; arts. 44, I, II, *b*, 43 e 61 da Lei n. 9.430/96; art. 161 do CTN; art. 85 e seus parágrafos, art. 8º, art. 1º, todos do CPC.

Defende, em suma: i) indedutibilidade do ágio na hipótese de planejamento fiscal abusivo de fabricação de despesa tributária por meio de reestruturação societária de grupo empresarial com o único propósito de gerar ágio interno; ii) impossibilidade de fixação de honorários exorbitantes diante da falta de proporcionalidade e razoabilidade, sendo imprescindível a aplicação da regra de equidade no presente caso.

Contrarrazões às fls. 1.342-1.390.

É o relatório.

VOTO

Como visto, a discussão nos autos gravita em torno da possibilidade de dedução de despesas com ágio interno da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, relacionadas a operações societárias realizadas antes do advento da Lei n. 12.973/2014, nas hipóteses em que constatada a criação de pessoa jurídica, sem correspondência econômica, para servir como transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa.

Para análise da discussão, é mister partirmos da premissa estabelecida na origem de que a operação societária promovida pela recorrida de fato teve por objeto a criação de pessoa jurídica sem correspondência econômica no mundo real, apenas para servir de transmissora de ágio meramente contábil no contexto de incorporação reversa, viabilizando a posterior dedução das bases tributáveis. Isso porque o Juízo de primeira instância, ao apreciar o caso, fez constar:

A própria inicial narra que a autuação fazendária foi fundamentada na premissa de que a empresa SODAM seria mera empresa veículo, criada tão somente para servir de passagem de patrimônio ou dinheiro, tendo sua essência sido a geração de ágio artificial, jamais tendo efetuado qualquer ato comercial. Ao expor a fundamentação para a causa de pedir contida na inicial, a empresa embargante justamente pretende sustentar o modelo negocial estabelecido, com suas consequências contábeis e tributárias. Ou seja, reconhece que a empresa SODAM não era uma empresa economicamente real, previamente existente com fluxo de caixa e atos de comércio praticados mediante pagamento e faturamento. Foi, sim, uma empresa criada especificamente para sustentar o modelo de reorganização societária pretendido e a finalidade de aproveitamento do ágio acima mencionado.

Alega a inicial: "Não bastassem tais equívocos, verifica-se que não consta no Auto de Infração administrativo qual seria o suposto ato contrário à Legislação praticado pela Recorrente! O Sr. Auditor Fiscal apenas alegou que a Embargante teria agido com dolo. Entretanto, não há a tipificação da conduta praticada, fato que, também implica na nulidade da autuação ora tratada".

Tal argumento não pode ser acolhido porque, como explicitado acima, não se trata de violação literal da norma (no caso, Lei 9532/97 e RIR/99), mas sim, de violação ideológica de sua hipótese de incidência. De fato, os atos praticados para a utilização do ágio não podem ser cancelados, não porque infrinjam determinado artigo legal, mas porque não se amoldam ao tipo abstrato da norma que criou o benefício pretendido.

Tanto assim que, no ítem 3.1 da inicial o embargante sustenta a legalidade do planejamento tributário realizado à luz da liberdade dos contribuintes, do princípio da legalidade e da livre iniciativa. Defende-o, ainda, ao argumento da licitude das operações societárias e da desnecessidade de apresentação de propósito negocial (*business purpose*) diverso da simples redução da carga tributária.

(...)

Assim, a razão da improcedência dos presentes embargos não é necessariamente "a inexistência de qualquer vedação legal à amortização do chamado "ágio interno", promovida pela Embargante" (ítem 3.2 da inicial), mas sim, a ausência de subsunção à hipótese autorizativa.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, não obstante a moldura fática apresentada no caso, adotou posicionamento no sentido de que, até a vigência da Lei n. 12.973/2014, não havia proibição legal para a amortização de ágio criado entre partes relacionadas. Vejamos:

A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) negou provimento à apelação da União para confirmar a sentença de primeira instância que havia anulado autos de infração e créditos tributários cobrados da empresa CREMER S.A., sediada em Blumenau (SC).

Os autos de infração foram aplicados sobre ágios (diferença entre o valor pago e valor da avaliação de um patrimônio) decorrentes da incorporação da CREMEPAR pela CREMER, em 2004. A decisão unânime do colegiado foi proferida em 10/08/2021, no processo nº 5010311-02.2018.4.04.7205.

O relator do caso, o juiz federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila, destacou que não se pode admitir um tratamento tributário diverso do previsto na lei vigente na época. Confira-se:

“Até a vigência da Lei nº 12.973/14 não havia proibição legal que fosse gerado ágio entre partes relacionadas. E a forma legal específica de sua amortização era a do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97. Existia a definição precisa da regra aplicável, sem qualquer vedação ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes”.

No caso dos autos, conforme acima explicitado, a constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC, ocorreu antes da vigência da Lei nº 12.973/14, motivo pelo qual o auto de infração deve ser anulado.

Vale ressaltar, outrossim, que o Eg. STJ, na decisão monocrática proferida pela Ministra Assusete Magalhães, em 13/08/2019 com trânsito em julgado do REsp nº 1.499.042, em 15/02/2020, posicionou-se no sentido da possibilidade do aproveitamento do ágio decorrente de incorporação de empresas, consignando que:

a) “o fato de a conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental” e,

b) “decisões favoráveis ao aproveitamento de ágio têm sido proferidas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, com o cancelamento de autos de infração que impunham vultosas dívidas fiscais, inclusive nas hipóteses de operações de incorporação reversa”.

Nesse diapasão, portanto, sem a necessidade de revolvimento fático-probatório, cabe-nos apreciar se o ordenamento jurídico vigente à época dos fatos, em especial os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, permitia que organizações societárias criassem pessoas jurídicas apenas com a finalidade de produzir ágio artificial destinado a reduzir as bases tributáveis do IRPJ e da CSLL.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977. O referido decreto estabelece a adoção do método de equivalência patrimonial e, sobre o ágio, dispôs o seguinte:

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

De forma sucinta, o ágio pode ser conceituado como sendo um preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora.

Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

Essa última hipótese, qual seja, de amortização de ágio autorizada na fusão, incorporação ou cisão de sociedade, veio a ser melhor disciplinada com o advento da Lei n. 9.532/1997. Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Vejamos:

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

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

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

Com efeito, nota-se que a situação narrada na exposição de motivos como exemplo de planejamento tributário é menos grave do que a vista nos presentes autos,

pois a hipótese mencionada é da aquisição de empresas que efetivamente tiveram existência real e econômica, porém foram adquiridas quando já deficitárias, tendo por único propósito a criação de oportunidade de dedução de ágio das bases tributáveis. No caso ora em análise, entretanto, a empresa teve existência apenas formal, sem real operacionalidade, criada para que servisse de trânsito de ágio.

Evidente, portanto, que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária. Os dispositivos em questão possuíam a seguinte redação à época dos fatos geradores:

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:

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)

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”.

Por sua vez, a alínea *b* do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 estabelecia o seguinte:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

A conjugação dos dispositivos legais acima transcritos com o cenário contábil e fiscal em que inseridas as operações empresariais de fusões e aquisições dá conta de que as normas postas na Lei n. 9.532/1997 estabeleciam um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos. Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

É de se ver, portanto, que toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos.

Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras

palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

Neste ponto é importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular. Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado “abuso no exercício de direitos”. Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Em Jossierand já prevalecia a ideia de que “o acto abusivo é muito simplesmente aquele que, praticado em virtude dum direito subjetivo cujos limites foram respeitados, é no entanto contrário ao direito visto no seu conjunto e enquanto juridicidade, quer dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias” (JOSSERAND, L - *De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1927). Advém desta conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado “abuso da personalidade jurídica”, que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira a que a ilicitude se encontre caracterizada.

No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a

mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica.

Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada “empresa veículo”, cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário. Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito comercial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há “empresa” nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio *codex* de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da “função social da empresa” como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social, não possui função social.

Retomando especificamente o tema do ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que esse abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades

quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

Sob essas lentes, *data vênia*, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira “casual”. O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o *rule of law*, consagrado no Texto Constitucional como o chamado “devido processo legal substantivo”.

E é neste ponto que o abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art. 187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia.

Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem qualquer propósito comercial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

Considerando o provimento do recurso especial com relação à indedutibilidade do ágio, na hipótese de planejamento fiscal abusivo de fabricação de despesa tributária por meio de reestruturação societária de grupo empresarial, com o único propósito de gerar ágio interno, fica prejudicada a análise acerca da fixação de honorários.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, devendo os autos retornar à origem para que o Tribunal *a quo* aprecie os pedidos subsidiários.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2152642 - RJ (2024/0226976-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : VIACAO JOANA D'ARC S/A
ADVOGADOS : SANDRO COGO - ES007430
ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
SARA DIAS BARROS - ES011337
BRUNO GOLDNER - ES020017

VOTO-VOGAL

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, por maioria, deu provimento à apelação interposta pela contribuinte e julgou prejudicada a apelação interposta por aquele ente público, consoante a ementa parcialmente transcrita a seguir, na parte que ora interessa:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ÁGIO. INCORPORAÇÃO REVERSA. LEI 12.973/14. PROVA PERICIAL CONTÁBIL. INCABÍVEL. QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA TESE 1.076 DO STJ E DO § 6º-A, ART. 85, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA.

[...]

3. A questão posta nos autos reside na possibilidade de transferência do ágio amortizado pela pessoa jurídica investidora originária para uma “empresa veículo”, criada para figurar como ponte para o pagamento do ágio ou como temporária receptora da participação adquirida.

4. A fiscalização teve início com a verificação de incorporação reversa com geração de ágio, utilizando-se da empresa veículo SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, uma vez que tal empresa não efetuou nenhum ato comercial, tendo sido constituída somente para incorporar e posteriormente ser incorporada pela apelante, gerando um “ágio passível de amortização”.

5. Na ocasião, verificou-se que “toda a operação ocorreu intra-grupo, utilizando-se dos benefícios fiscais previstos nos artigos 7º da Lei 9.532/97 e 36 da Lei 10.637/02, sem que tenha havido o efetivo

pagamento do ágio. Desta forma, a União alega que a apelante utilizou indevidamente o benefício fiscal de amortização de ágio, durante os anos de 2007 e 2008, o qual foi gerado internamente através de uma operação de incorporação reversa".

6. O montante total do ágio "foi de R\$ 16.204.632,35, que está sendo amortizado em 72 parcelas mensais de R\$192.835,12. Nos balancetes e nas DIPJ dos anos-calendário de 2007 e de 2008, estão contabilizados e declarados como "despesas de amortização de ágio" os valores de R\$ 405.115,80 e R\$ 2.314.021,44, que correspondem ao valor mensal de R\$ 192.835,12; estes valores não foram adicionados na Demonstração do Lucro Real (DIPJ e LALUR)". Desta forma, a União entende que tais despesas devem ser glosadas.

7. A constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC com "ágio", foi posteriormente incorporada (também em 2007), por esta mesma empresa para possibilitar a amortização do "ágio", o qual reduziu as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, demonstrando a intenção de reduzir os tributos devidos.

8. Como se vê, a questão posta nos autos cinge-se à análise meritória (conformidade de atos empresariais com o direito), nada tendo que ser objeto de prova pericial contábil.

9. A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) negou provimento à apelação da União para confirmar a sentença de primeira instância que havia anulado autos de infração e créditos tributários cobrados da empresa CREMER S. A., sediada em Blumenau (SC). Os autos de infração foram aplicados sobre ágios (diferença entre o valor pago e valor da avaliação de um patrimônio) decorrentes da incorporação da CREMEPAR pela CREMER, em 2004. A decisão unânime do colegiado foi proferida em 10/08/2021, no processo nº 5010311-02.2018.4.04.7205. O relator do caso, o juiz federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila, destacou que não se pode admitir um tratamento tributário diverso do previsto na lei vigente na época: "Até a vigência da Lei 12.973/14 não havia proibição legal que fosse gerado ágio entre partes relacionadas. E a forma legal específica de sua amortização era a do artigo 7º da Lei 9.532/97. Existia a definição precisa da regra aplicável, sem qualquer vedação ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes".

10. No caso dos autos, a constituição de uma nova empresa (SODAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A), em 28/09/2007, cujo capital social foi integralizado mediante a incorporação da VIAÇÃO JOANA D'ARC, ocorreu antes da vigência da Lei 12.973/14, motivo pelo qual o auto de infração deve ser anulado.

11. O Eg. STJ, na decisão monocrática proferida pela Ministra Assusete Magalhães, em 13/08/2019 com trânsito em julgado do REsp 1.499.042, em 15/02/2020, posicionou-se no sentido da possibilidade do aproveitamento do ágio decorrente de incorporação de empresas, consignando que: a) "o fato de a conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental" e, b) "decisões favoráveis ao

aproveitamento de ágio têm sido proferidas no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, com o cancelamento de autos de infração que impunham vultosas dívidas fiscais, inclusive nas hipóteses de operações de incorporação reversa”.

[...]

16. Recurso de apelação da VIAÇÃO JOANA D´ARC S. A provido. Recurso de apelação da União prejudicado.

Opostos embargos de declaração, em 2º Grau, foram eles rejeitados.

No recurso especial, o ente público apontou violação aos arts. 111 e 161 do CTN; 7º e 8º da Lei 9.532/1997; 20, 21, 22, 23, 25 e 33 do Decreto-Lei 1.598/1977; 13, III, da Lei 9.249/1995; 187 do Código Civil; 44, I e II, b, 43 e 61 da Lei 9.430/1996; e 1º, 8º e 85 e seus parágrafos, do CPC/2015, sustentando a indedutibilidade, no cálculo do IRPJ e CSLL, do valor correspondente à amortização de ágio interno oriundo de incorporação reversa de empresa.

Iniciado o julgamento do recurso especial, o relator, Ministro Francisco Falcão, deu-lhe provimento, para manter a glosa da amortização de ágio, no caso dos autos, por entender configurada a situação de planejamento fiscal abusivo de fabricação de despesa tributária por meio de reestruturação societária de grupo empresarial, com o único propósito de gerar ágio interno, determinando o retorno dos autos à origem para que o Tribunal *a quo* aprecie os pedidos subsidiários.

Passo a decidir.

Acompanho o Ministro Relator.

Consoante assentado pela Segunda Turma deste STJ, por ocasião do julgamento do REsp 2.061.117/RJ, o ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei 1.598/1977. De forma sucinta, o ágio pode ser conceituado como sendo um preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da

sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e a CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na situação em que a empresa investida é incorporada pela investidora (REsp 2.061.117/RJ, rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 4/10/2023).

Em sede doutrinária, tem-se reconhecido que a qualificação jurídica do ágio encontra-se prevista no art. 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, que o definiu como sendo a *“diferença entre o custo de aquisição de uma participação societária e o valor do seu patrimônio líquido”*. Já o chamado "ágio interno" ocorre quando a aquisição da participação societária se dá entre partes dependentes e relacionadas que estejam sob controle comum.

A Lei 12.973/2014 trouxe a vedação expressa ao ágio entre partes dependentes. Com o advento dessa nova lei, há quem defenda que, como a Lei 9.532/1997 não continha essa mesma vedação expressa, estaria automaticamente autorizado o ágio interno.

Todavia, o simples fato de uma determinada legislação disciplinar de maneira distinta um assunto, contendo vedações expressas, não significa que tudo o que estava relacionado a esse assunto anteriormente e que não continha as mesmas vedações deva ser considerado automaticamente permitido.

Ademais, o ágio interno só passou a ser praticado após o advento da Lei 9.532/1997, uma vez que esta coibiu os planejamentos tributários abusivos que ocorriam à época, em que empresas saudáveis investiam em empresas deficitárias pagando ágio, para logo em seguida, haver a incorporação da investidora pela

investida, sem qualquer fundamento econômico.

Deste modo, a mera circunstância de Lei 9.532/1997 não vedar expressamente o ágio interno não significa dizer que o autorizou como despesa dedutível do lucro real, até porque este tipo de planejamento tributário abusivo só veio a ocorrer após a redação da referida legislação.

Diante dessa nova realidade, a Lei 12.973/2014 positivou expressamente a vedação à dedutibilidade do ágio interno, já que incompatível com todo o regramento do ágio.

Por outro lado, um dos objetivos da Lei 12.973/2014, foi a harmonização da legislação tributária com a mudança dos padrões de contabilidade a partir da Lei 11.638/2007, seguida da edição da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, que criou o Regime Tributário de Transição (RTT). É que, em razão da necessidade de adequação do Brasil às regras internacionais contábeis, passou-se a adotar como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma.

Assim, a legislação tributária também teve de se adequar, e, no lugar do ágio, surgiu o registro do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*). Nesse cenário, a Lei 12.973/2014 previu que apenas o valor do custo de aquisição que superar o valor justo dos ativos da empresa poderá ser registrado como rentabilidade futura.

Dentro desse novo quadro normativo, incorporando-se o entendimento que já era consagrado no âmbito tanto da Administração Tributária, quanto da CVM e do próprio Conselho Federal de Contabilidade (CFC), passou a vigor também a regra expressa de vedação de formação de ágio entre partes dependentes.

Não se desconhece o julgamento do Recurso Especial 2.026.473/SC, pela Primeira Turma desta Corte. Entretanto, os fundamentos do respectivo acórdão não podem ser invocados indistintamente, ao arrepio do caso concreto. Deve-se ter claro que o aludido acórdão não foi tomado em sede de julgamento de recurso repetitivo, mas em conhecimento de um específico caso concreto.

Ademais, é fundamental salientar que o REsp 2.026.473/SC não chancelou

a possibilidade do aproveitamento do ágio em toda e qualquer operação entre partes vinculadas. Ao revés, as premissas apontadas no referido julgado são:

1) A exposição de motivos da Medida Provisória 1.602/1997, convertida na Lei 9.532/1997, deixou hialino o 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;

2) incumbe ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, sem pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

No caso dos autos, considerando as premissas fáticas delineadas na sentença e no voto-vencido que compõe o acórdão recorrido e não infirmadas no voto-condutor do referido acórdão, concordo com o relator, Ministro Francisco Falcão, quando concluiu que "o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem qualquer propósito comercial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados".

Isso posto, acompanho o Ministro Relator, para dar provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2024/0226976-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.152.642 / RJ

Número Origem: 50061720920204025001

PAUTA: 05/11/2024

JULGADO: 05/11/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CELSO ALBUQUERQUE SILVA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : VIACAO JOANA D'ARC S/A
ADVOGADOS : SANDRO COGO - ES007430
ALCEU BERNARDO MARTINELLI - ES007958
DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO - ES008552
SARA DIAS BARROS - ES011337
BRUNO GOLDNER - ES020017

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa (Execução Fiscal)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RICSON MOREIRA COELHO DA SILVA, pela parte RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

Dr(a). DANILO DE ARAÚJO CARNEIRO, pela parte RECORRIDA: VIACAO JOANA D'ARC S/A

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.