



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

Processo nº 10380.720067/2013-13
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.130 – 1ª Turma
Sessão de 03 de outubro de 2017
Matéria IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TRÊS CORAÇÕES ALIMENTOS S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura. Por unanimidade de votos, acordam em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação do tema juros de mora sobre multa de ofício. Em relação à qualificação da multa, por maioria de votos, acordam em considerar matéria preclusa por não ter sido objeto do recurso fazendário, vencidos os conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto e Flávio Franco Corrêa, que entenderam tratar-se de matéria que também deveria ser apreciada pelo colegiado de origem. Declarou-se suspeita de participar do julgamento a conselheira Adriana Gomes Rêgo, substituída pelo conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, que presidiu a sessão durante o presente julgamento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa – Relatora

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo Luís Flávio Neto, Flavio Franco Correa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Rodrigo da Costa Pôssas (suplente convocado em substituição à Conselheira Adriana Gomes Rego).

Relatório

Trata-se de processo originado pela lavratura de Auto de Infração de (i) IRPJ e CSLL quanto aos anos de 2007 e 2008, com imposição de multa de 150% sobre o crédito tributário, relacionada a amortização de ágio; (ii) IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, também quanto aos anos de 2007 e 2008, calculados sobre despesas correspondente a perdão de dívida originado por incentivo concedido pelo Estado do Rio Grande do Norte, contabilizado como subvenção para investimentos, com multa de ofício no percentual de 75%.

Ressalte-se trecho do Termo de Verificação Fiscal tratando da matéria ainda em discussão nestes autos (primeira infração acima):

2. Dos valores não Amortizáveis

Intimou-se, então, a empresa (Termo de Intimação Fiscal N° 03) a “esclarecer quais operações ensejaram a constituição do ágio sob exame e sua dedutibilidade, e apresentar toda a documentação hábil e idônea que as embasou, ou seja: atos societários das empresas envolvidas; contratos, protocolos, acordos ou quaisquer outros instrumentos firmados entre todas as partes envolvidas; comprovantes que demonstrem a efetividade do pagamento do valor do ágio; laudos de avaliação relacionados ao caso; Livros Razão e Diário contendo os registros contábeis das operações tanto na empresa investidora como na empresa investida etc.”.

Em resposta ao Termo acima a empresa alegou fundamentalmente que os valores sob exame teriam decorrido da efetivação de uma joint venture formada pelos grupos Santa Clara (PRL) e 3 Corações (ELITE/STRAUSS), que uma vez consolidada passou “a existir como empresa operacional, a “Santa Clara Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.”

(INDÚSTRIA), detida diretamente por ambos os grupos” (a Santa Clara é a atual Três Corações Alimentos S/A).

Diversamente do acima alegado pela fiscalizada, a Receita Federal em ação fiscal desenvolvida sobre os sócios originários da Santa Clara Indústria constatou que a série de atos societários que, conforme alegado pela empresa, visariam à constituição de uma joint venture; na verdade, tratava-se de um planejamento tributário abusivo que buscou deliberadamente ocultar uma vultosa operação de compra e venda de participação societária.

Nessa operação foram vendidas 50% (cinquenta por cento) das cotas da Santa Clara Indústria à empresa internacional Elite Internacional BV (atual Strauss Coffee B.V.), sem que o devido imposto de renda sobre ganho de capital originado fosse recolhido.

Para a compreensão de como se sucederam os fatos referentes ao caso sob exame reproduzimos a seguir, com as devidas adaptações, trechos do Termo de Verificação (TVF) lavrado na ação fiscal de que redundou no auto de infração que gerou o processo administrativo 10380-726.493/2010-18: (...)

Colocamos abaixo, desde já, um resumo do planejamento tributário engendrado, com o fim de facilitar o entendimento do presente Termo:

- A SANTA CLARA IND E COM, uma das maiores indústrias de café do Brasil, tinha nos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE seus únicos proprietários. No ano de 2005, os irmãos decidem vender para uma empresa estrangeira, a ELITE INTERNACIONAL BV, metade da SANTA CLARA IND E COM; - A venda seria por um valor muito superior ao do custo de aquisição, gerando, assim, elevado ganho de capital. Foi com o intuito de evitar o pagamento do Imposto de Renda incidente sobre referido ganho, que teve início o planejamento tributário;

- A ideia era fazer a venda de metade da SANTA CLARA IND E COM para a ELITE INTERNACIONAL BV parecer uma operação de reorganização societária. Para isso, foram criadas duas empresas-veículo com capital social irrisório: a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES (atuando em nome dos vendedores) e a ELITE DO BRASIL (atuando em nome dos compradores). Ambas constituídas por advogados que, “coincidentalmente”, possuíam outras empresas “de Participações”;

- Acertada as bases do planejamento tributário, os advogados saem de cena: uma empresa-veículo (ELITE DO BRASIL) é integralmente transferida para os compradores e a outra empresa veículo (SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES) é totalmente transferida para os vendedores;

- No dia da venda (29/12/2005), as empresas SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES e ELITE DO BRASIL têm o capital aumentado para 27,6 milhões e 226,0 milhões, respectivamente: o Os acionistas da SANTA CLARA IND E COM integralizaram o capital da empresa-veículo (SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES) justamente com todas as quotas que detinham na empresa que seria vendida (a própria SANTA CLARA IND E COM). A partir desse momento, quem comprasse a “PARTCIPAÇÕES” (controladora) estaria, na realidade, comprando a “IND E COM” (controlada); o A empresa ELITE DO BRASIL foi capitalizada pela compradora (ELITE INTERNACIONAL BV) com R\$ 216 milhões e, horas depois, “investiu” R\$ 215,5 milhões na SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, empresa que, horas antes, acabara de receber todas as quotas da empresa que seria comprada (SANTA CLARA IND E COM);

- Horas depois, os irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE saem da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES resgatando, ao todo, 10.199.183 ações (a R\$ 1,00 cada), e recebendo R\$ 54 milhões. A partir desse momento, as empresas PRL (dos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE) e ELITE DO BRASIL ficam com 50% da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES cada uma;

- Ainda no dia da venda (29-12-2005), cada irmão recebe, totalmente livre de imposto de renda, o valor de R\$ 20,3 milhões, o mesmo valor do ganho de capital escondido.

-Um ano e meio depois, em uma operação na qual a controlada (“filha”) incorpora a controladora (“mãe”), a SANTA CLARA IND E COM incorpora a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES. Chegava-se, assim, à configuração desejada desde o início: metade da SANTA CLARA IND E COM pertencendo aos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE (por intermédio da PRL) e a outra metade pertencendo à empresa ELITE INTERNACIONAL BV;

(...)

2. DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS

2.1. SANTA CLARA, A EMPRESA VENDIDA

I. Estruturação Acionária da SANTA CLARA IND E COM antes da negociação

Tomemos como ponto de partida dezembro de 2005, mês que concentrou a maior parte dos eventos. No início desse mês, a composição acionária da empresa era a seguinte (...)

Quadro Acionário da SANTA CLARA IND E COM – 6.354.504.825 Quotas

Sócios Quotistas	Qte Quotas	Valor (R\$)	Porcentagem
------------------	------------	-------------	-------------

PEDRO LIMA	593.065.935	5.930.659,35	9,333%
PAULO LIMA	593.065.935	5.930.659,35	9,333%
VICENTE LIMA	593.065.935	5.930.659,35	9,333%
PRL PARTICIPAÇÕES	4.575.307.020	45.753.070,20	72,001%
TOTAL	6.354.504.825	63.545.048,25	100,00%

II. Estruturação Acionária da SANTA CLARA IND E COM após REDUÇÃO DE CAPITAL

Em 9/12/2005, conforme Instrumento Particular de 65ª Alteração Contratual, os sócios da SANTA CLARA IND E COM decidem reduzir o capital social, totalmente integralizado, de R\$ 63.545.048,25 para R\$ 15.673.023,87, uma redução, portanto, de R\$ 47.872.024,38, por considerá-lo excessivo às necessidades operacionais da sociedade. Na ocasião, a PRL recebeu R\$ 34,4 milhões e, cada irmão, R\$ 4.468.055,61. Com a referida redução de capital, o quadro acionário da empresa passou a ser o seguinte:

Quadro Acionário da SANTA CLARA IND E COM – 1.567.302.387 Quotas

Sócios Quotistas	Qte Quotas	Valor (R\$)	Porcentagem
PEDRO LIMA	146.260.374	1.462.603,74	9,333%
PAULO LIMA	146.260.374	1.462.603,74	9,333%
VICENTE LIMA	146.260.374	1.462.603,74	9,333%
PRL PARTICIPAÇÕES	1.128.521.265	11.285.212,65	72,001%
TOTAL	1.567.302.387	15.673.023,87	100,00 %

Cabe destacar que justamente na data da venda, apenas vinte dias após ter reduzido seu capital por considerá-lo excessivo, a SANTA CLARA IND E COM tem seu capital social aumentado em mais de seis vezes, passando de R\$ 15 milhões para R\$ 99 milhões.

III. Estruturação Acionária da PRL

Em 9/12/2005 também ocorreu uma Assembleia Geral Extraordinária na empresa PRL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A, na qual foram aprovadas a conversão da totalidade das ações preferenciais da companhia em ações ordinárias com direito a voto e a criação das classes “A” e “B”. Conforme consta no referido documento, o quadro acionário era o seguinte: (...)

<i>Sócios Quotistas</i>	<i>Qte Ações Classe "A"</i>	<i>Qte Ações Classe "B"</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Porcentagem</i>
<i>PEDRO LIMA</i>	<i>462.354</i>	<i>696.486</i>	<i>1.158.840,00</i>	<i>33,333%</i>
<i>PAULO LIMA</i>	<i>462.354</i>	<i>696.486</i>	<i>1.158.840,00</i>	<i>33,333%</i>
<i>VICENTE LIMA</i>	<i>462.354</i>	<i>696.486</i>	<i>1.158.840,00</i>	<i>33,333%</i>
<i>TOTAL</i>	<i>1.387.062</i>	<i>2.089.458</i>	<i>1.158.840,00</i>	<i>100,00</i>

Observa-se, assim, que em dezembro de 2005, os irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE, diretamente ou por intermédio da empresa PRL, eram os únicos donos da SANTA CLARA INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

2.2. ELITE INTERNACIONAL BV, A EMPRESA COMPRADORA

A empresa ELITE INTERNACIONAL, com sede em Amsterdã, na Holanda, representa a Divisão de Café Internacional do Grupo STRAUSS-ELITE - líder no segmento alimentício em Israel. Referido grupo nasceu da aquisição da ELITE pela STRAUSS, ambas com larga experiência no setor alimentício, operando em Israel, Europa e Estados Unidos. O Grupo STRAUSS-ELITE estava, à época, entre as dez maiores indústrias de café do mundo e contava com diversas fábricas, tendo adquirido, em dezembro de 2000, a principal indústria de café do Estado de Minas Gerais e uma das oito maiores do Brasil: a CAFÉ 3 CORAÇÕES.

Com a aquisição de metade da segunda maior companhia de café do Brasil (SANTA CLARA IND E COM), a STRAUSS-ELITE definitivamente ganharia força no segundo maior mercado consumidor de café do mundo.

(...)

Para os propósitos do presente trabalho convém destacar o que ficou demonstrado no subitem IV, do item 3.3 acima.

Ou seja, nesse passo a fiscalização verifica que a ELITE DO BRASIL (empresa veículo, agindo em nome da ELITE INTERNACIONAL BV) integraliza 17.477.292 novas ações emitidas pela Santa Clara Participações (a outra empresa veículo envolvida no planejamento) pagando R\$ 215.500.000,00 (R\$ 139.000.000,00 via TED mais R\$ 76.500.000,00 pela conferência de ações detidas na empresa Café Três Corações S/A.

Os valores são registrados na contabilidade da Santa Clara Participações da seguinte forma: na conta capital social, o valor de R\$ 17.477.292,00, na conta Reserva de Ágio, o valor de R\$ 198.022.708,00 (R\$ 215.500.000,00 – R\$

17.477.292,00), veja-se também o item 6 da resposta apresentada pela fiscalizada.

Aqui um ponto deve ser desde logo ressaltado, quem efetivamente pagou o valor acima foi a empresa ELITE INTERNACIONAL BV. Com efeito, conforme a contabilidade da ELITE DO BRASIL, o valor de R\$ 139.000.000,00 ingressou na sua conta no Citibank como contrapartida de aumento de capital integralizado pela ELITE INTERNACIONAL BV, enquanto os R\$ R\$ 76.500.000,00 ingressaram como investimento na Café Três Corações S/A., também em contrapartida de aumento de capital integralizado pela ELITE INTERNACIONAL BV.

Como acima visto, no mesmo instante do ingresso, os valores entregues pela ELITE INTERNACIONAL BV são inteiramente gastos na compra do “investimento” na Santa Clara Participações.

Convém esclarecer, ainda, que o valor (R\$ 215.500.000,00) pago pela ELITE INTERNACIONAL BV pela compra do “investimento” na Santa Clara Participações (por meio da empresa-veículo ELITE DO BRASIL) ficou registrado na contabilidade desta última na conta 1.3.01.03.01.012 (Investimentos/Part.Perman.Outras Empresas/Santa Clara Participações), valor de R\$ 94.124.292,42; e na conta 1.3.04.01.02.003 (Diferido/Ágio/Aquisição Santa Clara), valor de R\$ 121.375.707,58 (cf. também item 14 da resposta da fiscalizada). (...)

Ocorre que a série de atos societários perpetrados para a retirada de cena das empresas-veículo possuía outro objetivo subjacente, qual seja o aproveitamento, através de sua amortização, do ágio nelas contabilizado.

Com efeito, para que o objetivo do planejamento tributário fosse plenamente alcançado, ou seja, para que 50% das cotas da SANTA CLARA INDÚSTRIA ficassem sob o controle direto da ELITE INTERNACIONAL BV e os outros 50% ficassem sob controle dos sócios originários era necessário que a empresa SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES fosse incorporada por aquela empresa.

Por outro lado, era a ELITE DO BRASIL quem possuía registrado em sua contabilidade o valor da mais valia paga para aquisição dos 50% da SANTA CLARA INDÚSTRIA (ágio).

Para alcançar os objetivos acima vistos foram necessárias duas operações societárias levadas a cabo pelos agentes envolvidos: 1) cisão parcial da ELITE DO BRASIL, com versão de 93% do seu patrimônio para a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, e 2) posterior incorporação da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES pela SANTA CLARA INDÚSTRIA.

Com a primeira operação transferiu-se da ELITE DO BRASIL para a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, o investimento e o ágio contabilizado na primeira, ao mesmo tempo a ELITE DO BRASIL deixa de participar do quadro societário da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, passando tal participação a ser titulada pela ELITE INTERNACIONAL BV. (...)

Foi visto ainda que o valor pago foi recebido pelos alienantes sem que fosse recolhido o devido imposto de renda decorrente do ganho de capital existente na operação. Assim sendo, o fisco não pode aceitar que a amortização do ágio sob exame, contabilizada como despesa reduza o resultado tributável apurado fiscalizada.

Primeiro porque a operação de alienação foi deliberadamente obscurecida por uma série de atos societários sem qualquer propósito negocial perpetrados no bojo de um planejamento tributário abusivo que visou o não recolhimento do imposto de renda devido na operação de alienação (falta de recolhimento que perdura até hoje).

E segundo porque a empresa que efetivamente adquiriu a participação societária com ágio tem sede no exterior, devendo o valor pago a título de ágio ser registrado na contabilidade desta empresa e não em uma empresa-veículo criada sem outro propósito senão o de praticar atos visando a ocultação de fato geradores tributários. (...)

O contribuinte apresentou Impugnação Administrativa, decidindo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza pela manutenção parcial do lançamento, conforme acórdão do qual se destaca ementa (fls. 4.266/4.303):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO ÁGIO POR TERCEIRA PESSOA. A amortização do ágio prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 destina-se às empresas envolvidas na operação da qual resulta o ágio, quando da incorporação de uma pela outra, não havendo previsão legal para sua extensão à terceira pessoa, alheia à compra e venda dos ativos, sobretudo quando essa terceira pessoa contabiliza o ágio valendo-se de um planejamento tributário abusivo na transferência do ágio. MULTA QUALIFICADA. DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. A glosa de despesas ou custos quando fundamentada em mera ilegalidade não autoriza a qualificação da multa. A qualificação da multa requer a comprovação de dolo específico do sujeito passivo, cabendo à fiscalização demonstrar a relação de causa e efeito entre a conduta dolosa e o resultado supressivo do tributo objeto de lançamento. INCENTIVO FISCAL DO ICMS.

EMPRÉSTIMO SUBSIDIADO. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO.

A concessão de incentivos à implantação de indústrias consideradas de fundamental interesse para o desenvolvimento de Estado da Federação, dentre eles os empréstimos subsidiados para pagamento parcial do ICMS, configura subvenção para investimentos, nos termos do art. 443 do RIR/99, quando presentes os seguintes requisitos: (i) o intuito de estímulo à implantação ou expansão de empreendimento econômico; (ii) registro da transferência em conta de reserva de capital, que somente deverá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social e (iii) comprovação da realização de investimentos específicos, vinculados ao programa de incentivo fiscal.

JUROS SOBRE MULTA. TAXA SELIC. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Ano-calendário: 2007,2008 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Uma vez exonerada a parte do lançamento correspondente à omissão de receita (recuperação de custos/subvenção para investimento), exonera-se por decorrência a tributação reflexa do PIS/Pasep e da Cofins. Mantida a tributação sobre a glosa de despesa de amortização de ágio, mantém-se por decorrência a tributação reflexa da CSLL.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte

A Delegacia da Receita Federal decidiu, assim, por julgar parcialmente improcedente a autuação fiscal quanto (a) à subvenção para investimento e (b) à multa qualificada relacionada à glosa de amortização do ágio. Nesse contexto, recorreu de ofício ao CARF.

Em recurso voluntário (fls. 4.350), o contribuinte alega: (i) nulidade da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento por modificar o fundamento do auto de infração; (ii) a ilegitimidade do questionamento do valor do ágio pela DRJ; (iii) a inexistência de fundamentação suficiente no auto de infração quanto à despesa com amortização do ágio; (iv) a legalidade da despesa com amortização do ágio; (v) impossibilidade de aplicação da taxa SELIC sobre a multa de ofício; (vi) necessidade de negativa de provimento ao recurso de ofício.

A 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais **deu provimento ao recurso voluntário e negou provimento ao recurso de ofício**, em acórdão cuja ementa se reproduz a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007, 2008 DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial

em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º). Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo". SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO. Caracterizam subvenções para investimento e, portanto, não se sujeitam à incidência do IRPJ e da CSLL, os incentivos do PROADI instituídos pelo art. 5º da Lei nº 7.075/1997 do Estado do Rio Grande do Norte.

Destaca-se trecho do voto do Conselheiro Marcelo Cuba Neto, Relator do acórdão recorrido:

(...) Conforme visto no relatório, a autoridade fiscal acusa a contribuinte de haver deduzido indevidamente das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos de 2007 e 2008, despesas com a amortização de ágio.

Explica a autoridade que o ágio decorreu da aquisição de 50% do capital de Santa Clara Indústria e Comércio Ltda. por Elite Internacional BV. Explica ainda que, para atingir esse intento, as partes realizaram uma série de intrincadas operações ao longo dos anos de 2005, 2006 e 2007, inclusive com criação de "empresas veículo" tanto por parte dos vendedores quanto dos compradores. (...)

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada. As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/2010-18, que trata do ganho de capital. (...)

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos. Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo". No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego

de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária. Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastarse, de pronto, a autuação. (...)

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97). E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica). A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização. Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam

atividades distintas daquelas previstas em Regulamento. A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor". Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

A Procuradoria recebeu os autos do processo em 17/06/2016 (fls. 4475), interpondo recurso especial em 30/06/2016 (fls. 4476/4.502), no qual alega divergência na interpretação da lei tributária a respeito dos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, constando como paradigmas os seguintes acórdãos:

(i) 9101-002.213 (processo administrativo nº 10845.722254/2011-65), do qual se extrai: *“Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras”*

(ii) 1101-000.961 (processo administrativo nº 16643.000142/2010-21), *verbis*: *“Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original”*.

O então Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deu seguimento ao recurso especial relativamente a dois paradigmas, em decisão da qual se reproduz trecho a seguir:

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que "é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras" e ainda que " para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a

pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio [e assim] não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º), [ainda que] se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".(...)

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68, do Anexo, II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, DOU SEGUIMENTO ao recurso especial, interposto pela PGFN, admitindo a rediscussão da matéria em relação à dedutibilidade de despesa com amortização de ágio.

Em 13/10/2016 o contribuinte foi intimado quanto ao acórdão do recurso voluntário, recurso especial e sua admissibilidade (fls. 4521), apresentando contrarrazões ao recurso nas quais alega:

- (i) Não haveria similitude fática com os acórdãos paradigmas, pois não acórdãos paradigmas “*as empresas veículos não eram efetivas*”, enquanto no caso dos autos “*as empresas efetivamente participaram do negócio de joint venture, de forma que a confusão patrimonial entre investida e real adquirente ocorreu*” (trechos do recurso);
- (ii) No mérito, sustenta a dedutibilidade da despesa com amortização de ágio.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Conhecimento

O recurso especial da Procuradoria é tempestivo, tendo sido indicados 2 (dois) acórdãos paradigmas: **9101-002.213** e **1101-000961**.

O contribuinte alega, em suas contrarrazões, que não haveria similitude fática entre acórdãos recorridos e o caso dos autos, na medida em que naqueles as empresas “veículo” não seria efetivas, enquanto no caso dos autos as empresas “veículo” teriam efetivamente participado do negócio jurídico, pelo que poderia se confirmar a ocorrência da “*confusão patrimonial entre a investida e a real adquirente*” (trecho do recurso).

Adoto as razões do Presidente de Câmara para conhecimento do recurso especial, na medida em que a efetividade da participação da empresa veículo, se relevante, compõe o mérito do recurso especial a ser julgado por esta Turma da CSRF.

Por tais razões, voto por **conhecer o recurso especial da Procuradoria**.

Passo, assim, à análise do mérito deste recurso.

Dedutibilidade do ágio

O Termo de Verificação Fiscal, em síntese, efetuou a glosa da despesa com amortização do ágio porque utilizadas empresas “veículo” na aquisição de participação societária, constatando o Ilustre Auditor Fiscal que “o valor pago foi recebido pelos alienantes sem que fosse recolhido o devido imposto de renda decorrente do ganho de capital existente na operação. (...)”. Assim, o Auditor Fiscal não admite a amortização do ágio “*primeiro porque a operação de alienação foi deliberadamente obscurecida por uma série de atos societários sem qualquer propósito comercial perpetrados no bojo de um planejamento tributário abusivo que visou o não recolhimento do imposto de renda devido na operação de alienação*” e “*segundo porque a empresa que efetivamente adquiriu a participação societária com ágio tem sede no exterior, devendo o valor pago a título de ágio ser registrado na contabilidade desta empresa e não em uma empresa veículo criada sem outro propósito*”.

Diante disso, tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de holding de investimento, denominada informalmente de “empresa veículo”.

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação do s artigos artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598,

de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

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.

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

A Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)"

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei" (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de Holding, in Controvérsias Jurídico-Contábeis, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).

Destaco, ainda, trecho do voto do Relator do acórdão recorrido, Conselheiro Marcelo Cuba Neto, cujas razões adoto para decidir:

(...) Conforme visto no relatório, a autoridade fiscal acusa a contribuinte de haver deduzido indevidamente das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos de 2007 e 2008, despesas com a amortização de ágio.

Explica a autoridade que o ágio decorreu da aquisição de 50% do capital de Santa Clara Indústria e Comércio Ltda. por Elite Internacional BV. Explica ainda que, para atingir esse intento,

as partes realizaram uma série de intrincadas operações ao longo dos anos de 2005, 2006 e 2007, inclusive com criação de “empresas veículo” tanto por parte dos vendedores quanto dos compradores. (...)

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada. As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/2010-18, que trata do ganho de capital. (...)

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos. Em relação ao emprego da chamada “empresa veículo” cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um “mal em si mesmo”. No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque o simples emprego de “empresa veículo” não é tipificado como infração à legislação tributária. Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da “empresa veículo” e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastarse, de pronto, a autuação. (...)

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97). E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 1201-00.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos dispostos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica). A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização. Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento. A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor". Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada. No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa

veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para à qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

O artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos tratados nestes autos (anos de 2005 a 2008), regulando o desdobramento do custo de aquisição em ágio por rentabilidade futura:

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.

Consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) reprodução da disposição legal em seu artigo 385, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio - por meio de operações societárias devidamente registradas -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original". A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho manifestado neste Colegiado a minha posição sobre a dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º, acima citados) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

Diante disso, voto por **conhecer e negar provimento ao recurso especial da Procuradoria**, adotando razões de decidir do voto vencido acima reproduzido.

Conclusão

Pelas razões expostas, voto **por conhecer o recurso especial da Procuradoria**. No mérito, voto por **negar provimento ao recurso especial**, mantendo o acórdão recorrido.

Caso vencida, voto pela baixa dos autos à Turma Ordinária para julgamento do único tema do recurso voluntário ainda não apreciados pelo Colegiado *a quo*: a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Esclareço que a Turma Ordinária negou provimento ao recurso de ofício, portanto, manifestando-se a respeito do mérito da subvenção para investimentos e multa qualificada, sem que tenham sido apresentados embargos de declaração ou recurso especial a esse respeito.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto da I. Relatora, a quem sempre renderei homenagens, peço vênua para divergir no exame da matéria relativa a despesa de amortização de ágio.

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da

legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse

avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão².

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

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

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que

⁵ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

descharacterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio

líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁶.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de operação no qual 50% da participação societária da SANTA CLARA (investimento) é alienada para a ELITE INT. BV (adquirente).

Os participantes da transação foram relacionados no Termo de Verificação Fiscal:

3.1. OS PARTICIPANTES DA OPERAÇÃO

EMPRESA QUE TEVE A METADE VENDIDA

- **SANTA CLARA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, CNPJ nº 63.310.411/0001-01, hoje CAFÉ 3 CORAÇÕES S.A, com sede em Eusébio-CE, neste termo designada SANTA CLARA IND E COM.

VENDEDORES

- **PAULO TARSO RÊGO DE LIMA**, CPF 443.414.824-91, residente em Fortaleza, doravante designado PAULO;
- **PEDRO ALCÂNTARA RÊGO DE LIMA**, CPF 307.260.344-87, residente em Fortaleza, doravante designado PEDRO;
- **VICENTE DE PAULA RÊGO DE LIMA**, CPF 503.329.024-04, residente em Fortaleza, doravante designado VICENTE;
- **PRL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A**, CNPJ nº 03.499.195/0001-54, sediada em Fortaleza, empresa dos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE, doravante designada PRL.

COMPRADOR

- **ELITE INTERNACIONAL BV**, CNPJ nº 05.534.721/0001-03, com sede na Holanda, braço do Grupo Israelense STRAUSS-ELITE.

EMPRESAS-VEÍCULO

- **SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES S/A**, CNPJ nº 07.473.767/0001-87, criada para agir em nome dos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE, doravante designada SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES;
- **ELITE DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA**, CNPJ nº 04.934.059/0001-08, criada para atuar em nome da empresa ELITE INTERNACIONAL BV.

O Termo de Verificação Fiscal ilustra com clareza o procedimento adotado para operacionalizar a alienação da participação societária:

- A SANTA CLARA IND E COM, uma das maiores indústrias de café do Brasil, tinha nos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE seus únicos proprietários. No ano de 2005, os irmãos decidem vender para uma empresa estrangeira, a ELITE INTERNACIONAL BV, metade da SANTA CLARA IND E COM;
- A venda seria por um valor muito superior ao do custo de aquisição, gerando, assim, elevado ganho de capital. Foi com o intuito de evitar o pagamento do Imposto de Renda incidente sobre referido ganho, que teve início o planejamento tributário;
- A ideia era fazer a venda de metade da SANTA CLARA IND E COM para a ELITE INTERNACIONAL BV parecer uma operação de reorganização societária. Para isso, foram criadas duas empresas-veículo com capital social irrisório: a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES (atuando em nome dos vendedores) e a ELITE DO BRASIL (atuando em nome dos compradores). Ambas constituídas por advogados que, “coincidentemente”, possuíam outras empresas “de Participações”;

- *Acertada as bases do planejamento tributário, os advogados saem de cena: uma empresa-veículo (ELITE DO BRASIL) é integralmente transferida para os compradores e a outra empresa veículo (SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES) é totalmente transferida para os vendedores;*

- *No dia da venda (29/12/2005), as empresas SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES e ELITE DO BRASIL têm o capital aumentado para 27,6 milhões e 226,0 milhões, respectivamente:*

- *Os acionistas da SANTA CLARA IND E COM integralizaram o capital da empresa-veículo (SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES) justamente com todas as quotas que detinham na empresa que seria vendida (a própria SANTA CLARA IND E COM). **A partir desse momento, quem comprasse a “PARTICIPAÇÕES” (controladora) estaria, na realidade, comprando a “IND E COM” (controlada);***

- *A empresa ELITE DO BRASIL foi capitalizada pela compradora (ELITE INTERNACIONAL BV) com R\$ 216 milhões e, horas depois, “investiu” R\$ 215,5 milhões na SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, empresa que, horas antes, acabara de receber todas as quotas da empresa que seria comprada (SANTA CLARA IND E COM);*

- *Horas depois, os irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE saem da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES resgatando, ao todo, 10.199.183 ações (a R\$ 1,00 cada), e recebendo R\$ 54 milhões. A partir desse momento, as empresas PRL (dos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE) e ELITE DO BRASIL ficam com 50% da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES cada uma;*

- *Ainda no dia da venda (29-12-2005), cada irmão recebe, totalmente livre de imposto de renda, o valor de R\$ 20,3 milhões, o mesmo valor do ganho de capital escondido.*

- *Um ano e meio depois, em uma operação na qual a controlada (“filha”) incorpora a controladora (“mãe”), a SANTA CLARA IND E COM incorpora a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES. Chegava-se, assim, à configuração desejada desde o início: metade da SANTA CLARA IND E COM pertencendo aos irmãos PEDRO, PAULO e VICENTE (por intermédio da PRL) e a outra metade pertencendo à empresa ELITE INTERNACIONAL BV;*

O que se observa é que, para a venda de 50% da participação da SANTA CLARA, com ágio, para a ELITE INT. BV, foram criadas duas "empresas de prateleira", de gaveta, sem substância, completamente artificiais, sem funcionários, sem movimentação econômica, a ELITE BRASIL e a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES. A SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES teve aumento de capital com 50% da participação da SANTA CLARA (precisamente o investimento a ser alienado). Por sua vez, a ELITE BRASIL recebeu aporte da ELITE INT. BV (precisamente a adquirente) de R\$216 milhões de reais, e horas depois fez aporte de R\$215,5 milhões na SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES. Ou seja, na SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES concentraram-se o investimento a ser alienado (participação societária da SANTA CLARA) e os recursos necessários para a sua aquisição (aporte efetuado

pela adquirente ELITE INT. BV). Depois, os alienantes PEDRO, PAULO e VICENTE saem da SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES com os recursos decorrentes da venda da participação.

Posteriormente, a SANTA CLARA (investimento) incorpora a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, e passa a se aproveitar da despesa de amortização do ágio.

O que se observa é que, para a aquisição da participação da SANTA CLARA, foram utilizadas duas empresas de "prateleira", deliberadamente com o intuito de transportar o ágio, e promover a incorporação de uma empresa de "prateleira" e o investimento para buscar a adequação à hipótese de incidência que autoriza a amortização do ágio.

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

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

A pessoa jurídica **investidora** é o ELITE INT. BV, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da SANTA CLARA) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. O fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado para a ELITE BRASIL, e posteriormente para a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, **não confere à SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi a ELITE INT. BV a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do presente tópico).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a SANTA CLARA.

Considerando que o evento de incorporação deu-se entre a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES e a SANTA CLARA, percebe-se que não estava presente a pessoa jurídica **investidora** (ELITE INT. BV).

Observa-se, portanto, que a utilização das empresas ELITE BRASIL e a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES, denominada pela autoridade autuante como "**empresas veículo**", torna impossível a concretização da hipótese de incidência da norma.

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

Tal aspecto já justifica na integralidade, por si só, a manutenção da autuação fiscal.

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável. As transações ocorreram com utilização de empresa sem substância, de "prateleira", sem funcionamento operacional, sem pessoal, sem movimentação econômica. A constatação do Termo de Verificação não deixa dúvidas:

b) Foram criadas duas empresas-veículo, a SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES (atuando em nome dos vendedores) e a ELITE DO BRASIL (atuando em nome dos compradores). Ambas constituídas por advogados que, coincidentemente, possuíam outras empresas “de Participações” também com pequeno Capital Social, típico de empresa-veículo;

c) Acertada as bases do planejamento tributário, os advogados saem de cena: uma empresa-veículo é integralmente transferida para os compradores e a outra empresa veículo é totalmente transferida para os vendedores;

d) As empresas SANTA CLARA PARTICIPAÇÕES e ELITE DO BRASIL, constituídas com um capital irrisório de R\$ 500 (quinhentos reais) e R\$ 100 (cem reais), respectivamente, têm o capital aumentado, no dia da venda, para 27,6 milhões e 226,0 milhões, respectivamente: (...)

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

Portanto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso especial da PGFN em relação à matéria que trata da despesa de amortização de ágio. Registro que acompanhei a relatora para (1) determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem, para apreciação da matéria juros de mora sobre multa de ofício e (2) julgar preclusa a matéria qualificação da multa, por não ter sido objeto do recurso fazendário

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura