



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

Processo n° 10480.735112/2012-25
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.740 – 1ª Turma
Sessão de 12 de setembro de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado HIPERCARD BANCO MULTIPLO S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos arts. 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material ali previstos. Inexiste norma que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto da mencionada legislação, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica, sendo indevida a amortização do ágio pelo sujeito passivo.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial quanto à amortização do ágio transferido à Hipercard BM pela Unicard e Unipart, vencidos os conselheiros Luis Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram dessa matéria. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso quanto à empresa modelo para IRPJ e CSLL e quanto à contemporaneidade do laudo. No mérito, na parte conhecida, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Gerson Macedo Guerra e Demetrius Nichele Macei, que lhe negaram provimento. Por unanimidade de votos, acordam em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciação das matérias relacionadas à aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício e incidência de juros sobre multa, constantes do recurso voluntário. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Gerson Macedo Guerra, Demetrius Nichele Macei, Rafael Vidal de Araújo.

Relatório

Trata-se de recurso especial da Fazenda Nacional interposto em face da decisão proferida no Acórdão nº 1301-002.280 (fls. 1.602 e ss.), pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 11 de abril de 2017, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

Inicialmente, foram lavrados de autos de infração para a constituição de créditos tributários de IRPJ e de CSLL, cumulados com multa de ofício e juros, relativos ao ano-calendário de 2007, em razão de:

- a) falta de adição ao lucro real de despesa com amortização de ágio;
- b) exclusão indevida de despesa de amortização de ágio;
- c) falta de recolhimento de estimativas mensais do imposto e da contribuição (com o lançamento de multas isoladas); e
- d) exclusão indevida de despesa não dedutível de amortização de ágio lançada no LALUR/2007.

Foram indicados como fundamentação legal dos lançamentos os seguintes dispositivos: arts. 2º, 3º e 19 da Lei nº 9.249/95, art.2º da Lei nº 7.689/88 (e alterações), art. 1º da Lei nº 9.316/96, art. 28 da Lei nº 9.430/96, art. 37 da Lei nº 10.637/02 e arts. 247, 249, 250, 385 e 386 do RIR/99.

A descrição dos fatos e operações é bastante relevante para a compreensão das matérias sob análise, cabendo reproduzir, a seguir, trechos do Termo de Verificação Fiscal (fls. 20 e ss.), com destaque para as informações mais pertinentes.

No ano calendário de 2007 a empresa registrou em sua contabilidade, em conta de despesa operacional, valores que reduziram os seus resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL, nos seguintes totais de lançamentos a débito:

Conta	Valor
8181000009 - AMORTIZAÇÃO-AGIO	145.441.572,62
8199900226 - AMORTIZAÇÃO DE AGIO	147.160.506,28

Assim, em 30/11/2011, a empresa foi intimada, através do Termo de Intimação Fiscal nº 02, a demonstrar, conforme o plano de contas da empresa, as despesas de amortização de ágio que reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL dos períodos de apuração de 2007, 2008 e 2009; bem como, apresentar as justificativas para as suas dedutibilidades e toda a documentação que lhes dá lastro (por exemplo: Atas de Assembleias Gerais, Atas de Reuniões de Conselhos, Contratos de Compra/Venda de Quotas/Ações, Protocolos de eventos societários, Laudos de Avaliação, Planilhas de Amortização, etc).

De acordo com os documentos recebidos em 16/01/2012 (CRT-UAF-007/2012) e 09/03/2012 (CRT-UAF-080/2012), concernentes à formação do ágio na aquisição de investimentos e suas respectivas amortizações, foram apresentadas planilhas onde são demonstrados os valores dos ágios e as respectivas amortizações mensais, conforme abaixo:

Conta Ágio	Valor (R\$)	Qt meses	Parcelas (R\$)
Ágio Conabinu	312.490.904,40	60	5.208.181,74 (08/2005 a 07/2010)
Ágio Conabinu/Hipercard	142.398.917,40	59	1.356.180,17 (06/2005 a 08/2006) 10.510.396,25 (09/2006) 2.604.047,80 (10/2006 a 03/2010) 2.175.811,07 (04/2010)
Ágio Hipercard	228.599.470,35	57	2.177.137,81 (06/2005 a 08/2006) 21.354.011,06 (09/2006) 4.307.901,51 (10/2006 a 01/2010) 2.272.331,83 (02/2010)
Ágio Modelo	179.162.971,20	60	1.493.024,76 (02/2006) 13.437.222,84 (09/2006) 2.986.049,52 (10/2006 a 01/2011)

Ainda sobre a amortização do ágio, a empresa foi intimada, através do Termo de Intimação Fiscal nº 05, a demonstrar a formação dos ágios nas aquisições de investimentos, incluindo toda a documentação que lhe dá lastro e a apresentar os Contratos de Compra/Venda de Quotas/Ações, Protocolos e Justificação de Incorporação e Laudos de Avaliação relacionados aos eventos de formação do ágio.

(...)

A fiscalizada apresentou ainda a tradução oficial do "Contrato de Compra e Venda de Ações e Quotas", onde destacamos os seguintes elementos:

As partes envolvidas:

Vendedoras:

- *Holla Beheer B.V. ("Holla Beheer")*
- *BR Participações e Empreendimentos S.A. ("BRPAR")*

Compradoras:

- *Unicard Banco Múltiplo S.A. ("Unicard")*
- *Unipart Participações Internacionais Ltd. ("Unipart")*

Objeto do Contrato:

Hipercard Administradora de Cartão de Crédito Ltda. ("Hipercard ACC") Conabinu Participações Ltda. ("Conabinu") (empresa veículo)

(...)

A CLÁUSULA 2 do referido contrato de compra e venda (fls. 06) especifica as condições de Compra e Venda entre as partes, onde destacamos:

(a) A **Holla** neste ato compromete-se a vender todas as quotas emitidas e em circulação detidas por ela no capital da **HiperCard**, que representam no total **31,78%** do capital social emitido e em circulação da **HiperCard**, conforme posteriormente especificado no **Apenso 2.1**, livres e desembaraçadas de quaisquer Gravames, para a Compradora da Sócia Financeira no Exterior, e a Compradora da Sócia Financeira no Exterior neste ato compromete-se a adquirir essas quotas da **Holla ("Quotas da HiperCard")**;

(c) A **BRPAR** neste ato compromete-se a vender todas as quotas emitidas e em circulação detidas por ela no capital da Newco Financeira, que representam no total 100% do capital social emitido e em circulação da Newco Financeira, para a Compradora da Sócia Financeira no Brasil, e a Compradora da Sócia Financeira no Brasil neste ato compromete-se a adquirir essas quotas da **BRPAR ("Quotas da Newco Financeira")**;

De acordo com a cláusula acima, a Unipart adquiriu da Holla Beheer a totalidade da sua participação na Hipercard ACC, representando 31,78% do capital social emitido e em circulação, enquanto que a Unicard adquiriu da BRPAR a totalidade das cotas do capital social da Conabinu (Newco Financeira), empresa veículo utilizada para a transferência dos 68,22% restantes do capital social da Hipercard ACC.

A criação da empresa veículo ocorreu 40 dias antes da efetivação da negociação da Hipercard ACC, com Capital Social de apenas R\$ 100,00, sendo um dos seus sócios o Sr. Cláudio Coracini, então procurador da Unicard. Em seguida os dois sócios pessoas físicas da Conabinu transferiram a

*totalidade das suas cotas para a **BRPAR**. Esta alteração de titularidade da **Conabinu** teve por finalidade a efetivação da transferência das cotas da **Hipercard ACC** para o **Unicard**, por meio de um planejamento tributário, cujo único objetivo foi a tentativa de transferir o ágio pago pela **Unicard** para a fiscalizada. Esta operação encontra-se detalhada no capítulo 1.1.2. Planejamento Tributário.*

(...)

*Conforme podemos extrair da cláusula acima, o preço de compra estimado do **Hipercard ACC** foi pago pelos compradores da sócia financeira (**Unicard** e **Unipart**) aos vendedores (**BRPAR** e **Holla Beheer**) no fechamento, situação esta ocorrida defato, conforme cláusula 4, abaixo reproduzida.*

(...)

*A Compradora da Sócia Financeira no Exterior (**Unipart**) pagou a quantia de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) pela totalidade das cotas que a **Holla Beheer** detinha na **Hipercard ACC**, representando 31,78% do capital social da adquirida. A Compradora da Sócia Financeira no Brasil (**Unicard**) pagou US\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de dólares) diretamente à **BRPAR**, representando a parcela do preço de compra estimado da participação de 68,22% que esta possuía na **Hipercard ACC**. A **Unicard** efetuou ainda o pagamento de US\$ 78.467.892,07 (R\$ 228.639.743,91), através de aumento de capital na empresa veículo (**Conabinu**), no mesmo valor, em 01/03/2004, conforme resposta apresentada pelo contribuinte em 26/07/2012 (CRT-UAF-415/2012). Com isto fica comprovado que o pagamento pela totalidade das cotas do capital social da **Hipercard** foram pagos integralmente pela **Unipart** e **Unicard**.*

Ágio Conabinu

*A fiscalizada tenta justificar a origem do ágio intitulado "**Conabinu**" através da venda da participação de 68,22% que a **BRPAR** detinha na **Hipercard ACC** para a empresa veículo. Para isto apresenta um contrato de compra e venda de quotas, datado de 27/02/2004 e formalizado na língua inglesa. Tal contrato de compra e venda é parte integrante da sequência de atos previstos no step 4 do Apenso 1.1-A, intitulado "Sale Transfer Steps". Tais atos têm como objetivo a contabilização do ágio na empresa veículo e a sua posterior transferência para a fiscalizada através da incorporação da mesma.*

*Conforme exposto anteriormente, o ato de venda da participação de 68,22% no **Hipercard ACC** ocorreu entre a **BRPAR** e a **Unicard**, porém, com a utilização de empresa veículo. Assim é que, para fins de tributação, cabe a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado (alienação do investimento no **Hipercard ACC** via empresa veículo **Conabinu**), conforme capítulo 1.1.2. Planejamento Tributário, tendo como consequência a glosa da amortização do ágio pela fiscalizada, uma vez que não restou comprovada transferência do ágio da*

Unicard para a Hipercard BM em cumprimento das condições legais para sua amortização (Art. 386 do RIR/99).

Ágio Conabinu/Hipercard

De acordo com a resposta apresentada pela empresa, a sequência de atos societários que justificaria este ágio foi a seguinte:

- a) O Unibanco aumenta o capital na Unicard com sua participação no Hipercard BM;*
- b) Com isso o Unicard, que havia adquirido a Conabinu, passa a controlar o Hipercard BM;*
- c) Em seguida o Hipercard BM incorpora a Conabinu e recebe o saldo de ágio que inicialmente havia sido escriturado e amortizado na Unicard, no valor de R\$ 142.398.917,40.*

A resposta apresentada corrobora, em parte, com o entendimento desta fiscalização, uma vez que o ágio foi apurado na Unicard, tanto é que esta iniciou a amortização do mesmo, conforme quadro abaixo reproduzido da referida resposta:

Ágio de incorporação Conabinu x Hipercard Banco Múltiplo	
Saldo inicial do ágio (03/2004)	156.242.868,01
Ágio amortizado na Unicard (Grifos nossos)	(13.843.950,61)
	142.398.917,40

Por outro lado, a fiscalizada deixou de justificar e comprovar a efetiva transferência do ágio para a Hipercad BM, fato este claramente evidenciado na resposta sucinta apresentada pela mesma. A seguinte questão permanece sem resposta: como o ágio inicialmente apurado e amortizado na Unicard foi recebido pela Hipercad BM, diante do permissivo legal contido no art. 386 do RIR/99? Além disso, a fiscalizada deixou de demonstrar a origem deste ágio, quais os valores de sua formação e qual a transação que o gerou.

Ágio Hipercard

Para justificar a dedutibilidade deste ágio, a fiscalizada apresenta a seguinte sequência de eventos societários:

- a) O Unipart adquiriu a participação de 31,78% da Royai Ahold no Hipercard ACC, pelo valor de US\$ 100.000.000 (R\$ 291.380.000,00);*
- b) Posteriormente o Hipercard BM incorpora o Hipercard ACC;*
- c) Apresenta um quadro indicando o montante do ágio que inicialmente havia sido escriturado e amortizado na Unipart e em seguida transferido para o Hipercard BM, no valor de R\$ 228.599.470,35.*

Mais uma vez a resposta apresentada corrobora, em parte, o entendimento desta fiscalização, uma vez que o ágio foi apurado

na **Unipart**, tanto é que esta iniciou a amortização do mesmo, conforme quadro abaixo reproduzido da referida resposta:

Agio de incorporação Hipercard ADIYI.C.C. x Hipercard Banco Múltiplo	R\$
Saldo inicial do ágio (03/2004)	258.474.090,47
Ágio amortizado na Unipart INTERNACIONAL (Grifos nossos) (ref. 31,78% do investimento na Hipercard Adm. de Cartões de Crédito)	(29.874.620,12)
Saldo do ágio	228.599.470,35

Novamente, a fiscalizada deixou de justificar e comprovar a efetiva transferência do ágio para a **Hipercad BM**, fato este claramente evidenciado na resposta sucinta apresentada pela mesma. A seguinte questão permanece sem resposta: como o ágio inicialmente apurado e amortizado na **Unipart** foi recebido pela **Hipercad BM**, diante do permissivo legal contido no art. 386 do RIR/99?

Ágio Modelo - MIF

Na tentativa de justificar a escrituração deste ágio, a fiscalizada restringiu-se a citar o laudo de avaliação e a 7ª alteração contratual da empresa Modelo Investimentos Financeiros Ltda. (**MIF**), informando apenas que nesta operação houve uma apuração de ágio no valor R\$ 179.162.971,20.

Ora, mesmo após sucessivas intimações, os esclarecimentos e documentos apresentados pela empresa mais uma vez não foram suficientes para justificar a composição e a dedutibilidade do ágio, uma vez que não restou demonstrada a sua origem, os valores pagos pela transação e a apuração do sobrepreço. Desta forma, temos por não comprovada a sua origem e em consequência a sua dedutibilidade.

Diante das justificativas e documentos apresentados, podemos concluir que:

- As empresas compradoras da **Hipercard ACC** foram **Unicard Banco Múltiplo S.A.** e **Unipart Participações Internacionais Ltda.**. Desta forma, o ágio formado na transação foi pago por estas e somente poderia ser dedutível caso ocorresse um dos eventos relacionados no art 386 do RIR/99;

- A **Conabinu Participações Ltda** (chamada também de **Newco Financeira**) foi um mero veículo, um instrumento, algo criado apenas para que parte do ágio da operação transitasse por ela e que posteriormente possibilitasse o seu aproveitamento, de forma indevida, pela fiscalizada, conforme exposto no capítulo 1.1.2. Planejamento Tributário;

- A fiscalizada não logrou êxito na comprovação da formação do ágio supostamente apurado na incorporação da **Modelo Investimentos Financeiros (MIF)**.

Desta forma, esta fiscalização procederá à glosa das amortizações de ágio indedutíveis, através da lavratura de autos de infração específicos do IRPJ e da CSLL, nesta data.

(...)

*De todo o exposto, temos que, no ano calendário objeto desta fiscalização (2007), a fiscalizada deixou de adicionar, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as **DESPESAS INDEDUTÍVEIS** de amortização de ágio lançadas nas seguintes contas contábeis:*

Conta	Valor	Tributo	Referência
8181000009 - AMORTIZACAO-AGIO	145.441.572,62	IRPJ e CSLL	Ágios Conabinu, Conabinu/Hipercard e Hipercard
8199900226 - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO	35.832.594,12	CSLL	Ágio MIF (diferença entre a adição devida e a realizada)

GLOSA DE EXCLUSÃO INDEVIDA NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

*Temos que, no ano calendário objeto desta fiscalização (2007), a fiscalizada excluiu indevidamente, na apuração do lucro real, a **DESPEZA INDEDUTÍVEL** de amortização de ágio lançada no LALUR de 2007, item 3.01 - Ágio Amortizado na Aquisição de Ações, conta 023.052 -Ágio Amortizado - Modelo Invest. Financeiro Ltda, no valor de **R\$ 2.986.049,52**.*

Logo, será essa exclusão glosada e cobrada de ofício por esta fiscalização, através da lavratura de auto de infração específico do IRPJ.

FALTA DE PAGAMENTO DO IRPJ E DA CSLL MENSAL POR ESTIMATIVA

Tendo em vista que, no ano calendário de 2007, a empresa optou pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real anual, com pagamento das estimativas mensais, e, em se considerando a infração apurada por esta fiscalização, que altera o resultado fiscal do período de apuração e de sua respectiva estimativa mensal, apura-se que a empresa deixou de efetuar os pagamentos do IRPJ e da CSLL a título de estimativa mensal.

A falta do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente por estimativa está sujeita a multa de 50% sobre o valor que deixou de ser pago, conforme disposto no artigo 44 da Lei nº 9.430/1997, inciso II, alínea b, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007 (conversão da Medida Provisória nº 351 de 22/01/2007).

Cientificado dos autos de infração, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1.210 e ss.), na qual questionou todos os pontos relativos à autuação, com os seguintes argumentos, em síntese:

- A dedução das despesas de amortização do ágio relacionado à Hipercard Administradora de Cartão de Crédito teria sido correta, pois que, em todos os casos, estariam presentes as condições dos arts. 385 e 386 do RIR, de 1999.

- Muito embora até dezembro de 2007, mês da incorporação da Modelo Investimento, as amortizações do ágio Modelo não

fossem dedutíveis na apuração do IRPJ, em face do disposto no art. 391 do RIR, de 1999, seria indiscutível o direito de a Hipercard Banco Múltiplo deduzi-las da base de cálculo da CSLL, por ausência de vedação legal nesse sentido. A base dessa contribuição seria o Lucro Líquido e não o Lucro Real.

- A incorporação da MIF (fls. 222 a 223 e fls. 787 a 796), teria "disparado" o direito de computar na apuração do lucro real as amortizações do ágio Modelo, motivo por que se excluiu a quantia de R\$ 2.986.048,52, "até então tratada como neutra no cômputo do lucro real e controlada no Lalur".

- Não seria possível exigir-se multa isolada (falta de pagamento de estimativas) de forma concomitante com multa de ofício (proporcional).

Em 27 de junho de 2013, a 3ª Turma da DRJ/REC, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação e manteve os lançamentos efetuados.

Com a ciência da decisão o contribuinte, por meio de novo patrono, apresentou recurso voluntário (fls. 1.388), no qual aduziu, em síntese, os seguintes pontos:

(I) Da Improcedência das Glosas das Despesas Relativas à Amortização dos ágios:

(I.1) Amortização do Ágio é induzida pela lei e não fruto de Planejamento Tributário;

(I.2) Os requisitos necessários para a legítima amortização do Ágio nos termos dos artigos 7º, III e 8º da Lei 9.532/97;

(I.3) Do Ágio Modelo MIF:

(I.3.1) Da origem do ágio apurado;

(I.3.2) Quanto à infração relativa ao IRPJ;

(I.3.3) Quanto à infração relativa à CSLL;

(I.4) Do Ágio Hipercard;

(I.5) Do Ágio Conabinu/Hipercard;

(I.6) Da efetiva aquisição de Investimento com ágio pelo recorrente;

(I.7) Dos Ajustes contábeis que reduziram o patrimônio líquido da Hipercard ACC majorando os ágios pagos pela Unipart e pela Unicard;

(I.8) Do Ágio Conabinu;

(I.8.1) Quanto à falta de dispêndio por parte da Conabinu;

(I.8.2) Quanto à suposta "Empresa Veículo";

(II) Quanto à multa Isolada;

(III) Quanto à não incidência de Juros de Mora sobre a Multa de Ofício.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 1.546), com o objetivo de rebater os pontos suscitados pela defesa.

Na sessão de julgamento de 11 de abril de 2017, a 1ª Turma da 3ª Câmara, ao apreciar o recurso voluntário decidiu, por maioria de votos, dar-lhe provimento.

A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. FORMAÇÃO. NEGÓCIO ENTRE PARTES INDEPENDENTES. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE RENTABILIDADE FUTURA. VALIDADE DA FORMAÇÃO.

Ao se demonstrar que o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si sós, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando

diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n. 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA.

A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo.

Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido.

Com a ciência da decisão a Fazenda Nacional apresentou recurso especial (fls. 1.631), indicando como paradigmas os acórdãos nº 9101-002.188 e 9101-002.186, para questionar essencialmente a ausência de confusão patrimonial entre investidora e investida, nos seguinte termos (destaques no original):

*Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é **imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O REAL INVESTIDOR (adquirente de fato), portanto, deve se confundir com o investimento que adquiriu.***

Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com ágio”. Vê-se que o verbo “adquirir” é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver ADQUIRIDO outra, incorporá-la ou for por ela incorporada.

Na verdade, o que o grupo Unibanco tentou orquestrar foi a transformação do ágio por ele pago quando da aquisição das ações Unipart e Unicard em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida internamente a quem

quisesse. O grupo Unibanco tentou “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Assim, apesar do decidido no acórdão recorrido, em sentido oposto, decidiu a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão nº 9101-002.188, ao reconhecer que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (adquirente de fato), afastando a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas, ainda que com propósito negocial, por ausência de normatização, cuja ementa segue integralmente transcrita:

(...)

Evidente, pois, a divergência jurisprudencial acerca da interpretação da legislação tributária (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e arts. 385, 386 e 391 do Decreto nº 3.000/99), no que toca ao aproveitamento do ágio transferido.

A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais exige o encontro do investimento com o ágio no mesmo patrimônio mediante a incorporação entre a investida e sua investidora original, real adquirente da participação societária.

Diversamente, o colegiado a quo se manifestou no sentido da possibilidade da amortização do ágio pelo contribuinte, ainda que não tenha laudo contemporâneo, ainda que ausente o propósito negocial (incorporação reversa somente para fins de gozo de benefício fiscal), ainda não ocorrido a necessária e total confusão patrimonial entre investida e o investidor original.

Ao final, pede o restabelecimento da autuação fiscal pela glosa da despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários e o retorno à turma *a quo* para julgamento das matérias não apreciadas na oportunidade.

O recurso especial fazendário foi admitido pelo despacho de fls. 1.682 e segs.

Por seu turno, o contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 1.700), nas quais questiona o conhecimento do recurso fazendário, além de apresentar fundamentos de mérito para o seu não provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Do recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional

Conhecimento

O recurso especial fazendário, ao qual foi dado seguimento pelo despacho de fls. 1.682, teve seu conhecimento questionado pelo contribuinte em sede de contrarrazões.

A Fazenda Nacional discute a possibilidade de se amortizar o ágio transferido da investidora original para sua investida, por meio das chamadas empresas-veículo, com posterior incorporação reversa.

Nesse contexto, indicou como paradigmas os acórdãos nº 9101-002.188 e 9101-002.186, em que a primeira Turma da CSRF decidiu pela impossibilidade de aproveitamento do ágio nessa hipótese.

As duas decisões possuem ementas semelhantes, que bem demonstram a posição adotada naqueles julgados:

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

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

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

A tese de fundo das decisões veda a amortização do ágio quando o pagamento é efetuado por uma investidora original e posteriormente transferido para uma empresa veículo, que vem a desaparecer por força de incorporação reversa ou "às avessas".

O contribuinte alega, em contrarrazões, que não haveria divergência na interpretação da lei tributária, mas apenas quanto à interpretação dos fatos, pois o acórdão recorrido teria entendimento convergente com os acórdãos paradigmas que entenderam ser necessária "a confusão patrimonial entre a investida e o real adquirente da participação societária".

Neste ponto, cabe referir que o mesmo procedimento de auditoria fiscal junto ao contribuinte em epígrafe deu origem ao processo nº 10480.729104/2013-21, referente aos períodos de 2008 a 2010, o qual foi julgado recentemente por este Colegiado, na sessão de 5 de junho de 2018. Naquela votação, a maioria do colegiado, incluindo esta relatora, acompanhou o voto condutor da ilustre conselheira Cristiane Silva Costa pelo conhecimento do recurso fazendário na matéria "à amortização do ágio transferido à Hipercard BM pela Unicard e Unipart". É também o meu posicionamento neste caso.

Para demonstrar as razões de conhecer do recurso e bem cotejar os fatos, trago a síntese dos fatos analisados no primeiro acórdão paradigma (9101-002.188):

- 28/09/2005 - as empresas ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHE, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);
- 17/10/2005 - as empresas ACHE e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTETICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHE passa a deter o controle societário da BIOSINTETICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;
- 30/11/2005 - a ACHE subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTETICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHE "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTETICA no valor de R\$ 437.552.361,10;
- 31/03/2006 — a BIOSINTETICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;

O relator do voto paradigma, Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, ao apreciar tais fatos, assim consignou:

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

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

No presente processo, a fiscalização, a seu turno, após análise das operações, concluiu que:

21.1. *As empresas compradoras da Hipercard ACC foram Unicard Banco Múltiplo S.A e Unipart Participações Internacionais Ltd.. Desta forma, o ágio formado na transação foi pago por estas e somente poderia ser dedutível caso ocorresse um dos eventos relacionados no art. 386 do RIR/99.*

21.2. *A Conabinu Participações Ltda (chamada também de Newco Financeira) foi um mero veículo, um instrumento, algo criado apenas para que parte do ágio da operação transitasse por ela e que posteriormente possibilitasse o seu aproveitamento, de forma indevida pela fiscalizada, conforme exposto no capítulo 1.1.2. Planejamento Tributário ;*

21.3. *A fiscalizada não logrou êxito na comprovação da formação do ágio supostamente apurado na incorporação da Modelo Investimentos Financeiros (MIF).*

21.4. *Desta forma, esta fiscalização procederá à glosa das amortizações de ágio indedutíveis através da lavratura de autos de infração específicos do IRPJ e da CSLL, nesta data.*

A relatora registrou que sua apreciação das normas previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (art. 386 do RIR/99) levou em consideração os seguintes pontos da autuação:

1) *Como as compradoras da Hipercard ACC foram originalmente a Unipart e a Unicard, o ágio decorrente da aquisição só poderia ter sido deduzido por elas, e o que ocorreu foi uma suposta transferência indevida de ágio para a Recorrente;*

2) *A Conabinu seria uma empresa veículo, criada apenas para que parte do ágio transitasse por ela e posteriormente permitisse a amortização pela Recorrente, o que inviabilizaria a dedução do ágio pela Recorrente;*

3) *Que a Recorrente não teria logrado êxito na comprovação da formação do ágio apurado na incorporação da MIF.*

Ao final, concluiu pela validade da dedutibilidade do ágio:

O que a ora Recorrente adquiriu, de fato, foi um investimento com ágio e não a simples transferência de ágio. E tal fato, nos termos da lei, art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, passa a ter a dedutibilidade das amortizações.

O valor pago pela adquirente, pela Hipercard ACC, para a BRPAR, empresa independente, possui intrínseco tal benefício fiscal, o que corrobora o objetivo precípuo do legislador, viabilizando a aquisição de empresa brasileira, controlada por empresa no exterior.

Ora, se os investimentos foram transferidos para a Recorrente, assim como os ágios respectivos, verifica-se a confusão patrimonial dos patrimônios das investidas pela investidora, passando o ágio a ser dedutível para fins fiscais.

Como se vê, o acórdão recorrido deu uma interpretação à legislação tributária distinta da do paradigma, para concluir pela legitimidade da amortização do ágio, por considerar que inexistiria vedação legal à transferência do investimento, ou seja, essa seria uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal. Aqui, não se trata de simples divergência quanto à interpretação dos fatos, mas da qualificação jurídica dos fatos dada de forma distinta por recorrido e paradigma, o que permite a competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais com vistas a discutir a interpretação da legislação tributária.

Diante da similitude fática entre os casos e da efetiva ocorrência de interpretação divergente em relação à possibilidade de amortização do ágio .

Sobre o "ágio modelo", que se refere à aquisição da Modelo Investimentos Financeiros (MIF), antiga denominação de Hipercard Investimentos Ltda, contudo, a conclusão é distinta.

A acusação fiscal aponta a não comprovação, pelo contribuinte, da formação do ágio apurado na incorporação da Modelo Investimentos Financeiros (MIF), consignando que:

Ágio Modelo - MIF

Na tentativa de justificar a escrituração deste ágio, a fiscalizada restringiu-se a citar o laudo de avaliação e a 7ª alteração contratual da empresa Modelo Investimentos Financeiros Ltda. (MIF), informando apenas que nesta operação houve uma apuração de ágio no valor R\$ 179.162.971,20.

Ora, mesmo após sucessivas intimações, os esclarecimentos e documentos apresentados pela empresa mais uma vez não foram suficientes para justificar a composição e a dedutibilidade do ágio, uma vez que não restou demonstrada a sua origem, os valores pagos pela transação e a apuração do sobrepreço. Desta forma, temos por não comprovada a sua origem e em consequência a sua dedutibilidade.

A leitura da acusação fiscal nos leva a concluir que o fundamento para a indedutibilidade do ágio foi a não comprovação de sua origem e composição.

Ocorre, contudo, que o recurso fazendário não é aplicável nessa hipótese, pois verifica-se que a matéria admitida neste julgamento diz respeito à transferência do ágio em favor de terceiros, por meio de interpostas pessoas jurídicas.

Assim, assiste razão ao contribuinte, quando este pugna pela dissociação entre os fundamentos da autuação e a matéria veiculada pelo recurso especial fazendário, que, como visto, apenas menciona o ágio MIF nos parágrafos finais, nos seguintes termos:

*Por fim, vale apenas mencionar a total aplicação dos argumentos acima citados (**ausência de absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento**) para a discussão em torno da amortização de ágio envolvendo a empresa **MODELO INVESTIMENTOS FINANCEIROS LTDA. (MIF)**.*

Isso porque, a simples leitura do laudo, elaborado por Trevisan Consultores em janeiro de 2006, que suportou as operações que culminaram com a incorporação da MIF pelo HIPERCARD BM em dezembro de 2007, já demonstra que foi o UNIBANCO quem realizou de fato o investimento, e não o HIPERCARD BM.

Também aqui (operações da MIF), não há se permitir qualquer amortização ou dedutibilidade de despesas com ágio por quem não realizou efetivamente o investimento.

As breves considerações da Fazenda Nacional sobre o ágio MIF não correspondem aos fundamentos da autuação, nos moldes apresentados pela fiscalização, posto que a justificativa para a indedutibilidade, como visto, foi a não comprovação da origem e do ágio, tema que não se enquadra na matéria que ensejou o conhecimento do recurso.

Nesse contexto, deve ser mantida a decisão recorrida, que ao analisar o ágio MIF assim se manifestou:

Do "Ágio Modelo"

Este ágio refere-se à aquisição da Modelo Investimentos Financeiros (MIF), antiga denominação de Hipercard Investimentos Ltda.

Em 06/01/2006, a Recorrente adquiriu 100% das cotas da MIF da empresa Sonae Distribuição Brasil S.A. (SDB), pelo valor de R\$ 201.825.230,44, conforme item 1) "Objeto e preço" do contrato de compra e venda, fls. 1332.

O PL da MIF era de R\$ 22.662.258,67, fls. 1353, de tal forma, que foi apurado um ágio de R\$ 179.162.971,20, baseado em rentabilidade futura, nos termos do laudo de avaliação de fls. 518/542, com data de 06/01/2006.

Nos termos do referido laudo, a rede de supermercados Sonae teve faturamento de R\$ 3,8 bilhões em 2004, com cerca de 140 lojas concentradas na região Sul do país, uma base de 1,2 milhões de cartões, faturamento de R\$ 710 milhões nos últimos doze meses, com resultado contábil do PL de R\$17 milhões no mesmo período. Ainda, no final de 2005 o Walmart adquiriu as operações de varejo da Sonae no Brasil, e o Unibanco, por sua vez, contribui com o negócio comprando o direito de implementar o modelo de negócios do Hipercard na Sonae.

Em dezembro de 2007, a Recorrente realizou a incorporação da MIF, e excluiu indevidamente, nos termos da Fiscalização, o valor referente à amortização do ágio, na base de cálculo do IRPJ.

Já no cálculo da CSLL, por entender que não havia determinação legal para adicioná-la antes da incorporação, nada fez.

A Fiscalização, a seu turno entendeu ser esta exclusão não legal, efetuou a glosa referente a um mês de dezembro de 2007, no

valor de R\$ 2.986.049,52 para fins de IRPJ, e considerou como despesa não dedutível para fins de CSLL, glosando o montante anual, no valor de R\$35.832.594,24, nos seguintes termos:

(...)

Diante dos documentos apresentados, contrato de compra e venda, bem como demonstração financeira, reputo que a origem do ágio está de fato comprovada. Houve o efetivo pagamento, nos termos do contrato de compra e venda. A empresa vendedora, SDB, é parte independente; e o pagamento do ágio está baseado em laudo de avaliação que demonstra a rentabilidade futura da negociação.

Houve a futura incorporação da MIF pela Recorrente, precisamente em 12/2007, presentes, assim, os requisitos para que houvesse a fruição do benefício fiscal para utilização da amortização do respectivo ágio, nos termos do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Dessa forma, a alegação do autuante de que não restou demonstrada a origem, os valores pagos e apuração do sobrepreço não devem prevalecer.

Neste ponto, por entender que o recurso fazendário não se aplica ao mencionado ágio, voto por manter inalterada a decisão recorrida, sendo desnecessário, por força de tal conclusão, qualquer manifestação acerca da pertinência ou extemporaneidade do laudo de avaliação, posto que a matéria não se encontra *sub judice*.

Em relação ao mesmo ágio "modelo" MIF, a infração da CSLL pela Glosa das despesas de amortização de ágio foi assim caracterizada:

Conta	Valor	Tributo	Referência
8181000009 - AMORTIZACAO-AGIO	145.441.572,62	IRPJ e CSLL	Ágios Conabinu, Conabinu/Hipercard e Hipercard
8199900226 - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO	35.832.594,12	CSLL	Ágio MIF (diferença entre a adição devida e a realizada)

No entendimento da Fiscalização, este ágio não seria passível de dedução para fins de cálculo da CSLL, nos termos do art. 57 da Lei 8.981/95, com a redação dada pela Lei 9.065/95 e do art. 28 da Lei 9.430/96.

No recurso voluntário, o contribuinte aduziu, em síntese, os seguintes pontos:

(I) Da Improcedência das Glosas das Despesas Relativas à Amortização dos ágios:

(I.1) Amortização do Ágio é induzida pela lei e não fruto de Planejamento Tributário;

(I.2) Os requisitos necessários para a legítima amortização do Ágio nos termos dos artigos 7º, III e 8º da Lei 9.532/97;

(I.3) Do Ágio Modelo MIF:

(I.3.1) Da origem do ágio apurado;

(I.3.2) Quanto à infração relativa ao IRPJ;

(I.3.3) Quanto à infração relativa à CSLL;

[...]

Por seu turno, a decisão recorrida assim consignou, após tratar do ágio "modelo" MIF:

Infração da CSLL Glosa das despesas de amortização de ágio

No entendimento da Fiscalização, este ágio não seria passível de dedução para fins de cálculo da CSLL, nos termos do art. 57 da Lei 8.981/95, com a redação dada pela Lei 9.065/95 e do art. 28 da Lei 9.430/96.

Ressalto, por fim, que a PFN não apresentou recurso especial quanto à exigência de CSLL com relação ao "ágio modelo", razão pela qual não haverá pronunciamento de mérito a esse respeito.

Conta	Valor	Tributo	Referência
8181000009 - AMORTIZACAO-AGIO	145.441.572,62	IRPJ e CSLL	Ágios Conabinu, Conabinu/Hipercard e Hipercard
8199900226 - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO	35.832.594,12	CSLL	Ágio MIF (diferença entre a adição devida e a realizada)

Da mesma forma, não cabe conhecimento de qualquer arguição em relação ao laudo, cuja relevância para fins de autuação ficou restrita ao ágio "modelo" MIF.

Mérito

Com base nos fundamentos da autuação, conclui-se que os temas em discussão a partir do recurso especial admitido se referem a:

a) não aceitação da dedução do ágio transferido para a Recorrente, visto que as compradoras originais da Hipercard ACC foram a Unipart e a Unicard; e

b) utilização da empresa Conabinu como veículo para a operação, criada apenas para que parte do ágio transitasse por ela e posteriormente fosse aproveitado pelo contribuinte.

Para início da análise convém ressaltar o contexto do ágio e de sua possibilidade de amortização no Brasil.

A matéria encontra-se disciplinada nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que dispõem sobre o registro e a amortização do ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei

nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Já a sistemática de apuração do ágio deve seguir o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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.

À luz da legislação de regência, percebe-se que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o seu valor patrimonial.

Isso significa que a figura do ágio decorre do fato de uma das partes se comprometer a pagar à outra, pela aquisição do investimento, um valor superior àquele registrado no patrimônio líquido. A expressão “pagar” pode ser entendida em sentido amplo, contemplando diversas modalidades, desde que todas impliquem algum tipo de desembolso ou ônus para o adquirente.

Assim, deve o intérprete atentar para as circunstâncias fáticas e jurídicas da operação, que incluem, entre outras, o propósito negocial, o efetivo pagamento ou desembolso pela aquisição, a sequência cronológica das operações, a adequada avaliação da rentabilidade futura e, sobretudo, a análise entre as posições inicial e final de cada interveniente.

No caso dos autos os dois primeiros pontos da autuação fiscal decorrem da utilização da empresa Conabinu Participações Ltda. (também chamada de Newco Financeira) como veículo para possibilitar a amortização do ágio, pois, como relata a fiscalização, as empresas compradoras da Hipercard ACC foram Unicard Banco Múltiplo S.A. e Unipart Participações Internacionais Ltd. e, desse modo, o ágio formado na transação somente poderia ser dedutível caso ocorresse um dos eventos relacionados no art. 386 do RIR/99.

A questão posta diz respeito, portanto, à possibilidade de transferência do ágio para o contribuinte e a utilização de uma empresa veículo na operação, que, em síntese, pode assim ser relatada:

a) A Hipercard Administradora de Cartão de Crédito Ltda. (Hipercard ACC) tinha como sócias a empresa BR Participações e Empreendimentos S/A (BRPAR), que detinha 68,22% das ações, e a empresa holandesa Holla Beheer B. V. (Holla), que detinha 31,78% das ações.

b) A BRPAR adquiriu 100% das cotas da empresa Conabinu Participações Ltda., aumentando o seu capital social mediante a integralização de recebíveis a serem pagos pela Hipercard ACC.

c) As empresas do Grupo Unibanco, Unipart Participações Ltda. e Unicard Banco Múltiplo S/A, adquiriram as cotas da empresa Hipercard ACC e apuraram um ágio de R\$ 200.287.697,19 e R\$ 31.352.543,50, respectivamente.

d) A Unicard e a Unipart conferiram ao Hipercard BM a totalidade das cotas do capital da Conabinu e na Hipercard ACC, respectivamente, transferindo o ágio registrado nas empresa Unicard e Unipart para a Hipercard BM.

e) A Hipercard BM incorporou as empresas Conabinu e Hipercard ACC, o que ensejou a transferência do ágio da Unicard e Unipart para o contribuinte.

Ricardo Mariz de Oliveira analisa os requisitos das normas relativas ao ágio, com destaque para as operações societárias, em sua obra “Fundamentos do Imposto de Renda”, merecendo transcrição o seguinte trecho (págs. 763 e segs.):

A norma legal contida no artigo 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

Todavia a norma não se restringiu ao programa de privatização, tendo se estendido a toda e qualquer situação que se subsuma às suas hipóteses fáticas de incidência.

(...)

Uma primeira observação é no sentido de que os art. 7º e 8º não revogaram o disposto no art. 25 do Decreto-lei n. 1.598, que continua a vigir e a declarar indedutíveis as amortizações de quaisquer ágios, quaisquer que sejam seus fundamentos econômicos, assim como declara não tributáveis as amortizações de quaisquer deságios, enquanto o respectivo investimento permanecer no ativo permanente da pessoa jurídica adquirente do mesmo.

Destarte, os efeitos fiscais dependem da realização das condições inseridas nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, que são pressupostos para a dedução dos ágios, nos casos e circunstâncias em que admitida, assim como a tributação dos ágios.

(...)

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

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

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

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

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

Esta exigência decorre não apenas da literalidade dos art. 7º e 8º, mas também, e principalmente, do espírito (a “mens legis” ou “ratio legis”) da norma por eles veiculada.

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados ou o mesmo se dê quando o ágio for referente ao valor de mercado dos bens do patrimônio da pessoa jurídica a que se refere a participação adquirida.

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na leis, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente (correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

(...)

Realmente, os art. 7º e 8º da Lei n. 9532 têm um objetivo – a concessão do benefício de uma dedução especial do ágio – um requisito para tanto, que é a absorção do patrimônio onde esteja o ágio, ou do patrimônio que vai gerar o lucro ao o ágio se refira.

Isso inobstante, após a junção das pessoas jurídicas com os recursos financeiros relativos ao ágio participando do ativo da mesma pessoa jurídica (quando for o caso) poderão eles ser empregados para o pagamento de custo e despesas, o que não se confunde com a natureza do ágio mantido em ativo diferido e com a sua amortização, tanto quanto o capital social e os

recursos derivados da sua integralização podem ser usados para pagar custos e despesas, mas não se transformam em custos e despesas.

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1) conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época da promulgação da Lei n. 9532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9532.

O segundo aspecto apresenta-se exatamente a partir do primeiro e da condição legal para a dedução fiscal da amortização (que é a absorção de patrimônio através da incorporação, fusão ou cisão), consistindo na exigência de que a amortização se processe contra os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio, exigência esta não expressa na lei, mas decorrente de um imperativo lógico que se pode dizer estar implícito na lei.

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixar o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro. (grifou-se)

Assim, o escopo implícito na lei, ao estabelecer a condição de realização de incorporação, fusão ou cisão, é unir o ágio e os lucros a que ele se refira numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Isso representa o núcleo racional da exigência condicional para a dedução do ágio, que se manifesta mediante a absorção de um patrimônio pelo outro.

Daí decorre uma análise que tem sido empreendida com frequência em julgados desta Câmara Superior, relativamente aos aspectos pessoal e material das operações que ensejaram o ágio, posto que os arts. 385 e 386 do RIR/99 (que refletem a dicção legal, já mencionada) se dirigem à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), para que, neste momento, surja a possibilidade de amortização da mais valia, paga em momento anterior por força de expectativa de rentabilidade futura da investida.

E aqui surge a necessidade de que a investidora passível de aproveitamento do ágio seja a investidora original, ou seja, aquela que efetivamente desembolsou recursos, acreditou no investimento e assumiu os riscos do negócio.

Sobre este ponto específico, convém reproduzir as pertinentes considerações formuladas pelo i. conselheiro André Mendes de Moura no acórdão nº 9101-002.301:

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

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, fez 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).

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 impositivo (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 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.

SCHOUERI, 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.

*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 aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.** Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.*

[...]

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

Como visto, a regra se aplica tanto na hipótese de incorporação da investida pela investidora como em sentido contrário, quando a investidora é incorporada pela sua investida (a chamada incorporação reversa ou às avessas).

A exigência legal, nos dois casos, reside no fato de que a incorporação deve envolver a investidora original, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na rentabilidade futura, pagou o sobrepreço e assumiu os correspondentes riscos.

E é exatamente este o ponto atacado pela fiscalização e ressaltado pela Fazenda Nacional em contrarrazões: a presença do real investidor na operação, que deve se confundir com o investimento que adquiriu.

A confusão patrimonial, como se sabe, é o principal requisito material previsto pelo art. 386 do RIR/99, pois a sua ocorrência permite a comunicação direta entre o investimento e o lucro esperado, assim como promove a fusão dos riscos envolvidos. Isso também se observa na incorporação às avessas, em que a empresa responsável por gerar a rentabilidade esperada no futuro passa a deter o ágio baseado em tal expectativa.

E, na exata medida em que esses dois aspectos não são observados, como no caso sob análise, por força da indevida transferência do ágio por meio de interposta pessoa jurídica, torna-se forçoso reconhecer o argumento de impossibilidade de dedução das despesas decorrentes, nos termos em que formulado pela fiscalização.

Este tem sido o entendimento da CSRF, que exige a presença do investidor original na operação de incorporação e o encontro do investimento com o ágio no mesmo patrimônio, requisitos que não se amoldam à hipótese dos autos, como relatado pela autoridade fiscal:

No caso sob análise:

- 1) a **criação da Conabinu;**
- 2) a **utilização desta empresa na aquisição do controle acionário da Hipercard ACC;**
- 3) a **incorporação das empresas veículo e investida; e**
- 4) a **transferência do controle acionário para a fiscalizada (Hipercard BM) apenas fazem parte do enredo montado para, no final, tudo permanecer como antes, com a única diferença que, com este enredo, a fotografia claramente destaca o benefício fiscal planejado e intentado pelos adquirentes de fato (Unipart e Unicard), uma vez que, sem as etapas anteriormente descritas, ficariam impedidos de aproveitar, através de sua controlada (Hipercard BM), o ágio pago na aquisição da Hipercard ACC.** (grifou-se)

Como argumento complementar, a fiscalização também fundou a autuação na figura do abuso de direito, consubstanciado pela intenção de evitar ou mitigar os efeitos tributários da operação, como se depreende das seguintes conclusões:

Ao caso sob exame, qual foi o excesso praticado? O Unicard e a Unipart dispunham de instrumentos na legislação societária que lhe davam liberdade para agir com relação às operações de aquisição de participação societária, de subscrição de capital e de incorporação de sociedade. No entanto, a legislação tributária somente permite a dedução de despesa de amortização de ágio quando decorrente de absorção do patrimônio de outra

*pessoa jurídica através de incorporação, fusão ou cisão. Como os adquirentes não tinham interesse em promover qualquer desses eventos em sua investida, engendrou-se o **planejamento fiscal abusivo** já amplamente demonstrado através dos atos e fatos relatados no presente relatório fiscal, onde, através de operações **estruturadas em seqüência** e utilizando-se de **empresa veículo**, a fiscalizada (**Hipercard BM**) pretendeu aproveitar indevidamente o benefício fiscal de dedutibilidade do ágio apurado na aquisição do investimento (**Hipercard ACC**).*

A partir dos fatos narrados, convém relacioná-los com a figura do abuso de direito, veiculada pelo art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Entendo que a figura realmente se enquadra na hipótese dos autos, de sorte que a reorganização societária, mediante o emprego de empresa veículo, teve como propósito a obtenção de vantagem fiscal, que demonstra a falta de um propósito negocial real, como aponta a acusação fiscal.

Ressalte-se que Marco Aurélio Greco, na já clássica obra *Planejamento Tributário*, 3ª edição, fls. 210-211, cuida especificamente da figura do abuso de direito em relação às possibilidades de auto-organização societária:

Nesse contexto é que vejo a inserção da temática do abuso do direito de auto-organização no âmbito tributário. Ou seja, a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal.

Aqui reside um ponto importante.

Independentemente da validade jurídica do ato e do direito de auto-organização das sociedades, a questão diz respeito, essencialmente, à oponibilidade das condutas em relação ao Fisco, principalmente quando o seu único objetivo é o de obter vantagens tributárias.

É certo que, em relação ao ágio, a regra geral é de indedutibilidade e que as situações em que a amortização deste como despesa são possíveis exigem perfeita subsunção dos fatos às normas tributárias, como demonstrado.

Aliás, o próprio Marco Aurélio reconhece, na sequência do parágrafo acima reproduzido, que depois do Código Civil de 2002 o abuso de direito "*não é apenas caso de inoponibilidade perante o Fisco, mas hipótese de ato ilícito*" que destrói um dos requisitos indispensáveis para que se tenha um efetivo planejamento tributário.

Nesse contexto, assiste razão à Fazenda Nacional em relação aos dois pontos até aqui analisados, pertinentes aos ágios Conabinu, Conabinu/Hipercard e Hipercard:

transferência do ágio para o contribuinte e utilização de empresa veículo na operação, como fatores que impossibilitam a sua dedutibilidade, nos moldes do que entendeu a fiscalização.

Em relação a esses ágios, considerando que não houve fundamentação distinta para o lançamento da CSLL, como ocorreu no ágio MIF (e que não foi objeto de recurso), aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Por fim, o contribuinte em contrarrazões pede, de modo subsidiário, que sejam devolvidas à turma *a quo*, em caso de provimento do recurso fazendário, as matérias que constavam do recurso voluntário e que não foram apreciadas pela decisão recorrida, a saber:

- a) aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício;
- b) incidência de juros sobre multa.

Em casos semelhantes, prevaleceu nesta CSRF o entendimento de que nas hipóteses em que a glosa de despesas foi cancelada no julgamento do recurso voluntário, o processo deve ser restituído ao Colegiado recorrido para análise e manifestação acerca das matérias não apreciadas naquela oportunidade.

Cite-se, a título de exemplo, o que restou decidido no acórdão nº 9101-002.188, que teve a seguinte ementa, no que interessa a este tópico:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Portanto, na medida em que esta CSRF restabeleceu as glosas antes canceladas, faz-se necessária a devolução dos autos à Turma *a quo* para que sejam analisadas as matérias citadas e questionadas no recurso voluntário do contribuinte: a) aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício e b) incidência de juros sobre multa.

Ante o exposto, voto por:

a) CONHECER parcialmente do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em relação às glosas das despesas de amortização dos ágios decorrentes da transferência para a contribuinte (ágio Hipercard) e da utilização de empresa veículo (ágio Conabinu);

b) DAR provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer as autuações fiscais relacionadas às glosas das despesas de amortização dos ágios decorrentes da transferência para a contribuinte (ágio Hipercard) e da utilização de empresa veículo (ágio Conabinu); e

c) após ser dada ciência às partes desta decisão, DETERMINAR o retorno dos autos à Turma *a quo*, para que seja prolatada nova decisão quanto aos temas abordados no recurso voluntário e que deixaram de ser apreciados no acórdão nº 1301-002.280 (aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício e incidência de juros sobre multa).

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Declaração de Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa

O recurso especial da Procuradoria funda-se, essencialmente, na impossibilidade de transferência de ágio, que – no entender do Recorrente – só poderia ser amortizado pelas adquirentes Unicard e Unipart:

Na verdade, o que o grupo Unibanco tentou orquestrar foi a transformação do ágio por ele pago quando da aquisição das ações Unipart e Unicard em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida internamente a quem quisesse. O grupo Unibanco tentou “autonomizar” o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. (trecho do recurso especial, fls. 17)

Destaco trecho do voto condutor do Relator do acórdão recorrido, elaborado pela Conselheira Amélia WakakoMorishita Yamamoto:

Importante ressaltar novamente que todas essas operações "Ágio Hipercard" e "Ágio Conabinu/Hipercard" foram realizadas seguindo os parâmetros de mercado, em que se objetivou a aquisição da Hipercard ACC, operação realizada entre partes independentes, valor pago com ágio, que se basearam em laudos de avaliação realizada por empresa terceira, que calculou a rentabilidade futura pelo método de fluxo de caixa descontado (fls. 409/454). (...)

Esses ágios, posteriormente transferidos para a Recorrente, quando da incorporação das empresas Conabinu e Hipercard ACC, passaram a ser deduzido na base de cálculo do IRPJ.

Da Ausência de Propósito Negocial – Uso de Empresa Veículo(...)

Quanto a utilização de empresas-veículo, entendo, não há qualquer vedação, vez que irrefutável a aplicação do art. 2º, § 3º

da Lei n. 6.404/76, base legal para a constituição de holdings com o objetivo único de beneficiar-se de incentivos fiscais.

No que tange à incorporação reversa, esta é totalmente possível no âmbito do direito societário e, ademais, é autorizado por lei que regula especificamente a amortização fiscal do ágio, qual seja, o art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97:

“Art. 8º O disposto no artigo anterior aplicase, inclusive, quando: (...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, que se consumou, como anteriormente demonstrado (pela redação do art. 7º da Lei nº 9532/97), e nesse contexto, se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra apenas uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal.

Do Laudo de Avaliação

Conforme colocado já acima, os mencionados ágios decorreram de expectativa de rentabilidade futura, de acordo com o laudo de avaliação de fls. 410/455, realizado pela empresa CreditSuisseFirst Boston, empresa terceira independente.

Importante refutar aqui o ponto colocado nas Contrarrazões da Fazenda Nacional, relacionado ao momento da realização do laudo, considerando extemporâneo e imprestável porque elaborado em setembro de 2004, quando as operações foram realizadas em 01/03/2004, em que pese tal colocação não ter sido aventado no TVF nem na decisão recorrida.

Verifica-se que o laudo de avaliação trata do período de 2004 a 2010, utiliza-se do método de fluxo de caixa descontado da Hipercard ACC, chegando à conclusão de que o valor da empresa varia de R\$658 milhões a R\$741 milhões no caso "standalone" e de R\$883 milhões a R\$976 milhões no caso "com sinergia". O valor pago foi de R\$630 milhões.

Assim, cabe ressaltar então, que quando da data das operações realizadas, bem como da incorporação, que frise-se ocorreu em junho de 2005, após a data do laudo, não havia nenhuma disposição legal que determinasse alguma formalidade para a confecção dessa avaliação, da forma como hoje é exigida. (...)

Assim, de se aceitar o laudo técnico de avaliação acostado aos autos, que a seu turno serviu de base para fundamentar economicamente o ágio. (...)

Da Transferência do Investimento

Em 30/06/2005, mais de um ano após a negociação da Hipercard ACC, a Unicard e a Unipart conferiram a Hipercard BM, ora Recorrente, a totalidade das cotas de sua titularidade o capital da Conabinu e Hipercard ACC, respectivamente. Isso pode ser facilmente verificado da análise dos documentos societários de fls.488/496, 502/504 e 1036/1041.

Importante tópico levantado no Auto de Infração é a questão atinente à "transferência do ágio", já que a fiscalização entendeu que UNIPART e UNICARD foram as empresas que efetivamente tiveram o dispêndio do ágio, e o benefício existente, amortização fiscal do mesmo somente seria possível nessas empresas, não havendo possibilidade de suas transferências para a Recorrente Hipercard BM, já que ela nada adquiriu.

O que a ora Recorrente adquiriu, de fato, foi um investimento com ágio e não a simples transferência de ágio. E tal fato, nos termos da lei, art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, passa a ter a dedutibilidade das amortizações.

O valor pago pela adquirente, pela Hipercard ACC, para a BRPAR, empresa independente, possui intrínseco tal benefício fiscal, o que corrobora o objetivo precípua do legislador, viabilizando a aquisição de empresa brasileira, controlada por empresa no exterior.

Ora, se os investimentos foram transferidos para a Recorrente, assim como os ágios respectivos, verificase a confusão patrimonial dos patrimônios das investidas pela investidora, passando o ágio a ser dedutível para fins fiscais.

Importante ressaltar novamente que todas essas operações "Ágio Conabinu", "Ágio Hipercard" e "Ágio Conabinu/Hipercard" foram realizadas seguindo os parâmetros de mercado, em que se objetivou a aquisição da Hipercard ACC, operação realizada entre partes independentes, valor pago com ágio, que se basearam em laudos de avaliação realizada por empresa terceira, que calculou a rentabilidade futura pelo método de fluxo de caixa descontado (fls. 409/454).

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a legitimidade do ágio tratado nos autos.

Com efeito, 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, 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.

Afinal, 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. 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 (até mesmo reconhecida pelo auditor fiscal atuante), não há restrição pela sua transferência e, assim, a confusão patrimonial ser efetuada por terceira pessoa jurídica que tenha recebido o ágio juntamente com o investimento.

Por tais razões, voto por **negar provimento ao recurso especial da Procuradoria quanto ao ágio.**

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa