



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 10805.722537/2015-15  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.287 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 13 de setembro de 2022  
**Recorrente** VIA S.A.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso especial e, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Especial, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, e, por fundamentos distintos, o conselheiro Carlos Henrique de Oliveira. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa. O conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto votou pelas conclusões da divergência.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente). Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

## Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão 1201-002.670, de 21 de novembro de 2018, assim ementado de decidido:

### **Acórdão recorrido 1201-002.670**

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO; AQUISIÇÃO COM RECURSOS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A autorização de dedução das despesas de amortização do ágio, no art. 386 do RIR, de 1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição; não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a "empresa veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

RECOMPOSIÇÃO DO LUCRO REAL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL.

Cabe a compensação de prejuízo fiscal de períodos anteriores, em face da recomposição do lucro real apurado em procedimento de fiscalização, limitado a 30%, mormente quando o contribuinte já havia pleiteado sua compensação com o lucro real declarado.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

**JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.**

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros.

*Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Bárbara Santos Guedes, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa que davam provimento ao recurso; e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da relatora.*

O despacho de admissibilidade resume o auto de infração e a questão admitida para recurso especial, nos seguintes termos:

**3 Análise da Divergência****Divergência: indedutibilidade do ágio – empresa-veículo – ausência de confusão patrimonial entre investidora original e investida**

Trata o processo de autos de infração relativos aos anos-calendário 2011, 2012 e 2013, exigem IRPJ e CSLL em decorrência das seguintes infrações: (a.1) glosa de amortização de ágio indedutível, fatos geradores em 31/12/2012 e 31/12/2013; (a.2) glosa de exclusão indevida relativa ao ágio da empresa Mandala, fato gerador em 31/12/2011. Em relação aos anos-calendário 2011 e 2012, a autuação reduziu os valores de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas de CSLL. Foi aplicada multa de ofício de 75%.

A autuação decorre de glosa da amortização de ágio em operação de incorporação, pela Recorrente, da empresa Mandala Empreendimentos e Participações S/A, criada pela Companhia Brasileira de Distribuição CBD, em 30/10/2008. A Mandala teve seu capital aumentado com recursos da CBD em 06/07/2009 e 30/10/2009. A Mandala, subsidiária da CBD, adquiriu de terceiros, em 08/06/2009, o controle acionário da Recorrente (70,2421% do capital), pagando R\$ 824.521,960,00. Em seguida realizou Oferta Pública de Ações OPA de *tag along*, para adquirir ações dos minoritários, passando a deter 95,46% do capital da Recorrente. Nestas operações de aquisição pagou (parte à vista, parte a prazo, parte em ações da CBD) o total de R\$ 1.125.000,00, valor no qual se inclui ágio de R\$ 759.000,00. Em 22/12/2009, a Recorrente incorporou a Mandala e passou a amortizar o ágio a partir de 03/2011.

A auditoria considerou que houve planejamento fiscal abusivo em razão da utilização da Mandala como empresa veículo, unicamente para fazer com que o numerário transitasse virtualmente entre a Recorrente e a CBD.

A DRJ exonerou parte do lançamento em razão de ter promovido a compensação de ofício de saldo de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL.

Ao apreciar o Recurso Voluntário (já que ao Recurso de Ofício foi negado provimento), a relatora do voto condutor concordou com a acusação fiscal e fundamentou a manutenção do lançamento com apoio e transcrição de outros julgados do CARF que tratariam de casos semelhantes. E concluiu:

34. Esta relatora entende que a situação nos presentes autos se amolda às dos Acórdãos contrários à amortização.

35. No presente caso, não havia interesse em a CBD incorporar a Recorrente após a aquisição do seu controle acionário; assim, criou a Mandala, que serviu a este objetivo.

36. A empresa que acreditou na mais-valia e investiu os recursos foi a CBD, mas a "confusão patrimonial" com a incorporação, não se deu entre esta e a Recorrente.

O primeiro paradigma indicado para o tema recebeu a seguinte ementa:

Acórdão n.º 1302-003.434

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*

*Ano-calendário: 2012, 2013*

*UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.*

*A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.*

*TRIBUTAÇÃO REFLEXA*

*Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ*

Este aresto também tratou de lançamento de IRPJ e CSLL dos anos-calendário 2012 e 2013, em decorrência de glosa de despesas incorridas com a amortização de ágio, que se resume pela aquisição da empresa nacional Expresso Mercúrio S/A por uma Holding, denominada TNT Participações Two Ltda., qualificada pela Fiscalização como "empresa de passagem", e a posterior incorporação (reversa) desta última que ao fim gerou o ágio cuja amortização fora autuada no feito.

Basicamente, o grupo internacional TNT Spain, adquiriu a Holding TNT Two em 07/12/2006 e, num curto espaço de tempo (em 08/01/2007), aumentou o seu capital social (originariamente fixado em R\$ 100,00), integralizando-o, na mesma data, mediante remessa de R\$ 390.000.100,00 ao Brasil. Também em 08 de janeiro de 2007, os acionistas da empresa Expresso Mercúrio pactuaram com a TNT Two um Contrato de Compra de Ações, cujo valor estabelecido foi de R\$ 434.686.495,00, a partir de laudo lavrado pelo Banco ABN AMRO, elaborado em 18 de janeiro de 2007, com data base de 31/12/2006. Finalmente, em 30/03/2007, houve a incorporação reversa da TNT Two, pela Mercúrio, lastreada em Laudo Técnico da KPMG, em que o PL da incorporada foi avaliado em R\$ 384.692.915,41, com data base de 28/02/2007.

Tal qual no acórdão recorrido, aqui também o cerne fático da glosa está na aquisição da Expresso Mercúrio por uma holding utilizada exclusivamente para a concretização da operação e não diretamente pela empresa TNT Spain ou por outra empresa nacional havida pelo grupo TNT no Brasil. A Fiscalização não teria identificado substância

econômica na interposição, no negócio, da TNT Two, além de sustentar a inocorrência da necessária confusão patrimonial entre a real adquirente e a investida.

Todavia, aqui as operações foram qualificadas pela auditoria como simuladas, porque ausente o intento negocial, e foi aplicada a multa qualificada.

O voto proferido neste paradigma, preliminarmente, declarou a nulidade parcial do lançamento e desonerar a qualificação da multa, "...porque não houve a descrição, como dito pelo recorrente, de qualquer fundamentação fática à justifica-la."

Quanto ao mérito, o relator delineou o cerne do litígio à artificialidade da operação, sustentada pela auditoria, representada pelo uso da TNT Two, como empresa veículo.

E, também tomando por fundamento as razões de decidir de outro julgado de sua mesma relatoria, ressaltou que não haveria impedimento legal, tampouco se poderia qualificar uma operação de reorganização societária que se utilizasse de empresa de passagem, por tão só esse fato, de inválida, para o fim de glosar despesas com ágio.

Note-se:

*Venia concessa*, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88.

Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

Da mesma forma, a acusação de que a empresa espanhola poderia ter se utilizado de uma *holding* pré-existente (TNT Express) para viabilizar a concentração de seus investimentos revela apenas a insatisfação da fiscalização quanto aos ganhos observados pela recorrente (parciais, diga-se, já que, reprise-se, houve ganho de capital tributável), já que, se assim o tivesse procedido, ainda se observaria no caso a formação de um ágio amortizável (...)

[...]

Vale o destaque, o simples fato de se atestar o uso de uma empresa veículo, não é, *per se*, suficiente para retirar dos negócios pactuados, sob a ótica fiscal, a necessária substância econômica dos negócios, mormente quando, as próprias "normas" (entenda-se "orientações") contábeis usualmente invocadas para considerar inválidas determinadas operações societárias, admitem, de forma explícita, o uso de empresas veículos na combinação de negócios. É o que se infere do item 27 do CPC 15, cujo teor reproduzo a seguir (...)

Este paradigma logra caracterizar a divergência suscitada pois, debruçando-se sobre fatos extremamente semelhantes, conferiu interpretação diversa daquela sustentada no acórdão recorrido.

Com efeito, ambos os casos envolveram grupos internacionais que, mediante aporte de recursos em holding nacionais, consideradas de passagem, e que foram utilizadas para adquirir participação societária em outra empresa, com ágio, para serem extintas, na sequência, em incorporação reversa, possibilitando a amortização do ágio. Conquanto o voto proferido no acórdão recorrido tenha considerado esse tipo de operação desprovida de propósito negocial e indedutível o ágio, o voto do paradigma entendeu válido esse mesmo tipo de operação, e dedutível o ágio.

O paradigma seguinte encontra-se assim ementado:

Acórdão n.º 1301-003.937

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

**FRAUDE. NÃO CONFIGURADA.**

*Não há que se entender que ocorre fraude à lei, quando inexistente vedação em lei quanto aos procedimentos adotados pelo Contribuinte. Eventual erro de interpretação de lei não deve ser confundido com fraude à lei.*

**DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APURAÇÃO DO LUCRO REAL ANUAL. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS. APLICABILIDADE DO ART. 150, §4º, DO CTN.**

*A sistemática de lançamento por homologação exige o pagamento antecipado do tributo, de modo a incidir a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador, conforme preceitua o §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, bem assim a inoportunidade das hipóteses de dolo, fraude ou simulação.*

*No caso concreto, havendo provas de pagamento de estimativas mensais de CSLL e IRPJ, a contagem do prazo decadencial deve ser feita a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Assim, os valores dos lançamentos de ofício relativos ao ano-calendário de 2006, alcançados pela decadência, devem ser excluídos do valor total lançado.*

**DECADÊNCIA. ÁGIO. INÍCIO DA CONTAGEM. EFETIVA DEDUÇÃO DAS DESPESAS PELO CONTRIBUINTE. SÚMULA CARF 116.**

*O registro contábil do ágio não é fato gerador de tributo nem há, aí, lançamento. O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto. Súmula CARF n. 116: "Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança."*

**IRPJ. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE AGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI N. 9.532/97.**

*A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.*

**IRPJ. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE AGIO. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EXISTÊNCIA**

*Há propósito comercial, quando demonstrado que criação de uma "Conta Garantia", destinada a garantir obrigações de indenização posteriormente devidas pelos vendedores, em virtude de "prejuízos, passivos, reclamações, danos ou gastos" que não estejam refletidas nas demonstrações financeiras da sociedade-investida.*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

*Ano-calendário: 2009*

*AUTUAÇÃO 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.*

*RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM.*

*A solidariedade tributária referida no artigo 124, inciso I do CTN é atribuída às pessoas, seja física ou jurídica, que tenham interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária, pois possui uma dimensão jurídica própria, e não um significado meramente econômico.*

*No caso, não configurado tal interesse, deve ser afastada a responsabilidade da coobrigada Siemens Ltda, por interesse comum.*

Neste aresto discutiu-se a operação de compra de participação societária da empresa IRIEL Industria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda pelo grupo SIEMENS com a posterior realização de operação de incorporação societária. O valor pela aquisição da participação ensejou a apuração de ágio, que foi glosado pela fiscalização, e resultou em exigências de IRPJ e CSLL e de multa qualificada (150%), nos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008.

As operações podem ser assim resumidas:

- (i) Os vendedores, pessoas físicas, alocaram recursos na empresa JANDA que, posteriormente, mudou a denominação para IRIEL Industria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda (investida).
- (ii) SIEMENS Ltda e SIEMENS Serviços Técnicos Ltda, subsidiárias da SIEMENS Alemanha, constituem a sociedade S.I. Ind. e Com. de Sistemas Elétricos ("S.I.") e, ato contínuo, nela integralizam o valor de R\$ 43.734.000,00 a título de capital social.
- (iii) A S.I. (investidora) adquire a participação societária da IRIEL Industria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda (investida), com ágio.
- (iv) S.I. incorpora a sociedade IRIEL Industria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda, alterando, na seqüência, a sua denominação societária para assumir o nome da incorporada, e passa a amortizar tributariamente o ágio registrado em sua contabilidade, na razão de 1/60.

Para a fiscalização, a SIEMENS Ltda teria sido aquela que efetivamente negociou a aquisição da IRIEL e suportou ônus financeiro. A S.I., por outro lado, teria, tão-somente, "formalizado" a operação. Além disso toda a operação teria sido estruturada visando, unicamente, ao propósito de amortizar tributariamente o ágio registrado. Assim, a constituição da S.I. e a cessão a ela da posição de compradora seria desprovida de qualquer propósito negocial. Por fim, pesou a inexistência de atividade operacional da S.I. que, segundo a fiscalização, figurou "com finalidade única e precípua de ser "veículo".

Ao apreciar o litígio, o colegiado do CARF primeiramente analisou a procedência da qualificação da multa, considerando que a auditoria não se desincumbiu de seu ônus de provar o dolo específico, para evidenciar, de forma inequívoca que houve, de fato, a intenção de se praticar a sonegação, a fraude ou o conluio.

Quanto ao mérito, também circunscreveu a causa da ineditabilidade do ágio ao fato de a fiscalização não ter admitido a utilização de empresa veículo, pois não teriam sido questionados os demais elementos da operação, como o fato de o negócio ter sido entabulado entre partes não dependentes e ter havido efetivo pagamento. E sobre tal

questão litigiosa, deixou claro que não haveria impedimento ou ilegalidade na utilização de empresa-veículo, exceto em casos em que fique comprovado o dolo ou a fraude:

Ora, salvo hipótese de fraude, que não é o caso dos autos, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, são, ao contrário, atuações induzidas, inclusive, pelo Poder Público.

Entendeu que, no caso, a constituição da S.I. teve um firme propósito negocial, explicando seu ponto de vista e considerou dedutível o ágio.

A comparação entre este paradigma e o aresto recorrido também demonstra a divergência jurisprudencial entre as teses adotadas nestes julgados, em relação à possibilidade de se admitir como dedutíveis parcelas de amortização de ágio em operações de aquisição de participação societária entre partes não relacionadas, em que o pagamento da mais valia não foi questionado, mas apenas a constituição de empresas-veículos que foram interpostas em etapas das operações. Para o acórdão recorrido a constituição e utilização de empresa-veículo torna inválido o aproveitamento do ágio, por retirar o propósito negocial da operação, enquanto que para o aresto paradigma não invalida o aproveitamento do ágio.

Caracteriza a divergência, deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

Oportuno observar que o sujeito passivo primeiramente apresentou embargos de declaração, os quais foram rejeitados por despacho.

O despacho que rejeitou os embargos analisou a primeira alegação de omissão (“Omissão acerca da real operação de aquisição da embargante pela MANDALA”), tendo concluído que “*Ao contrário do alegado pela embargante, o Acórdão n.º 1201-002.670 não se omitiu a respeito do fato de que os recursos utilizados pela empresa MANDALA na aquisição das ações da GLOBEX (denominação adotada à época pela contribuinte) foram antes formalmente recebidos da CBD, por meio de operações de aumento de capital social.*” E continuou:

Não existe dúvida de que o acórdão embargado reconheceu a transferência formal dos recursos financeiros, da CBD à MANDALA, por meio de operações de aumento de capital social, antes da realização dos pagamentos relativos à aquisição das ações da embargante VIA VAREJO (à época denominada GLOBEX). O acórdão é explícito ao reconhecer que, formalmente, os recursos utilizados na compra das ações saíram do patrimônio da MANDALA.

Ocorre que a decisão considerou que tal formalidade não altera o fato de que a real adquirente das ações da VIA VAREJO foi a CBD, que transferiu os recursos à recém-criada MANDALA com a finalidade específica de que fossem usados na aquisição da participação societária com ágio.

Quanto à segunda alegação de omissão (“Omissão acerca da existência de propósito negocial – acordo entre CASAS BAHIA e MANDALA – inexistência de simulação –

aplicada multa de 75%”), o despacho observou que “*O acórdão embargado abordou, sim, as explicações apresentadas pela contribuinte a respeito do propósito negocial das operações societárias examinadas nos presentes autos.*” Após, indicou respectivos trechos da decisão recorrida.

Por fim, sobre a alegação de omissão quanto à ausência de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, o despacho observou “*A decisão não pretendeu, em momento algum, descaracterizar ou desconsiderar os negócios jurídicos praticados pela contribuinte e pelas demais empresas pertencentes a seu grupo econômico. Ela simplesmente concluiu que a situação societária final, arquitetada pelos controladores da contribuinte, não se subsumia à hipótese requerida pelo art. 386 do RIR/1999.*”

O tema admitido para recurso especial do sujeito passivo foi assim resumido pelo despacho de admissibilidade:

Impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio quando a real investidora transferiu recursos a “empresa veículo” com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária e se a “confusão patrimonial”, exigida pelo artigo 386, RIR/99, não envolveu as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, mesmo que as operações que deram origem ao ágio tenham sido celebradas entre partes independentes, com o efetivo pagamento do preço e laudo de avaliação contemporâneo às operações.

Os paradigmas indicados foram o acórdão 1302-003.434 e 1301-003.937.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

## **Admissibilidade recursal**

O recurso especial é tempestivo. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento

do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

No caso, está em discussão a glosa das despesas com amortização de ágio gerado na aquisição da Via Varejo, realizada pela Mandala Empreendimentos e Participações S/A (Mandala). A operação e os fundamentos da autuação fiscal foram assim resumidos pela decisão recorrida (grifos do original):

19. A autuação se refere à glosa da amortização de ágio em função da incorporação, pela Recorrente, da empresa Mandala Empreendimentos e Participações S/A; esta foi criada pela Companhia Brasileira de Distribuição CBD, em 30/10/2008; teve seu capital aumentado para R\$1.125.166.053,00, com recursos da CBD em 06/07/2009 e 30/10/2009; a Mandala, portanto, subsidiária da CBD, em 08/06/2009 adquiriu de terceiros o controle acionário da Recorrente (70,2421% do capital), pagando R\$824.521,960,00; em seguida realizou Oferta Pública de Ações - OPA de *tag along*, para adquirir ações dos minoritários, resultando que passou a deter 95,46% do capital da Recorrente; nestas operações de aquisição pagou (parte à vista, parte a prazo, parte em ações da CBD) o total de R\$1.125.000,00, valor no qual se inclui ágio de R\$759.000,00; em 22/12/2009, a Recorrente incorporou a Mandala e passou a amortizar o ágio a partir de 03/2011.

20. O Laudo de Avaliação, págs. 688/733, avaliou a Recorrente, então, em R\$1.113.000, e a participação da Mandala em R\$1.057.000,00

21. A autuação cientificada em 04/02/2016, pág. 1.633, glosou a amortização do período de 03 a 12/2011 e dos anos-calendário 2012 e 2013, considerando:

*Nossa conclusão, como demonstraremos a seguir, foi no sentido de que claramente foi adotado um planejamento fiscal abusivo por meio do uso de uma empresa-veículo (MANDALA), agravado pela sua qualificação de efêmera e de ser uma empresa apenas "no papel".*

(...)

*65) Note-se que até a véspera do pagamento da primeira parcela do preço de aquisição, num montante de várias centenas de milhões de reais, MANDALA subsistia com apenas R\$ 10.000,00 de capital. Ademais, verifica-se que a conta-corrente bancária de MANDALA serviu apenas para que o dinheiro transitasse entre o real adquirente (CBD) e o alienante, e tudo sempre no mesmo dia.*

*66) Os recursos recebidos da CBD não chegavam sequer a permanecer de um dia para o outro, conforme podemos verificar nos extratos de julho, setembro e outubro (DOCX19, DOCX21 e DOCX22).*

*67) Tudo que foi exposto já seria suficiente para demonstrar que o real adquirente de GLOBEX foi a CBD e que a intercalação de MANDALA foi de cunho meramente formal, mas vale ainda citar a comunicação da CBD por força de pedido de esclarecimento formulado pela autoridade de fiscalização do mercado (DOCX23):*

*(...). Fato Relevante divulgado pela CBD em 8 de junho de 2009, que **informou aos acionistas e ao mercado em geral celebração de contrato para aquisição, por meio de Mandala Empreendimentos e Participações S.A., subsidiária da Companhia, de 86.962.965 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, representativas de 70,2421% do capital social total e votante de Globex Utilidades S.A. (nossos destaques)***

(...)

O voto condutor do acórdão recorrido, quando passa a analisar se foram cumpridos os requisitos para a amortização fiscal do ágio no caso em questão, cita decisões da CSRF acerca da matéria.

A primeira decisão, que chama de “favorável à amortização”, é o 9101-003.610 (Caso CTEEP), em que observa: “*regulamentações a que a empresa se encontrava submetida, a impediam de efetuar a aquisição direta com posterior incorporação que a habilitasse a amortizar o ágio por isso, foi considerada justificada a criação da empresa-veículo.*”

Em seguida, o voto condutor cita três decisões “desfavoráveis à amortização”, todas elas redigidas pelo mesmo Conselheiro.

Quanto ao acórdão 9101-003.561 (Numeral 80, redator designado Conselheiro Rafael Vidal de Araujo), observa: “*o conjunto de operações descrito resultou que mudou a composição dos acionistas da Autuada, e o ágio das aquisições que foram efetuadas pela empresas-veículo com os recursos aportados pelos novos acionistas ou acionistas anteriores que aumentaram suas participações, passou a ser amortizado e deduzido pela Recorrente, que incorporou essas empresas-veículo.*” Cita ainda a ementa e trechos do acórdão 9101-002.470 (Fabrica de Pecas Eletricas Delmar, voto do Relator Rafael Vidal de Araujo), do acórdão 9101-003.222 (Cremer, Redator Designado Conselheiro Rafael Vidal de Araujo).

Grifa trechos das decisões em que ressalta o fato de os recursos financeiros para a aquisição do investimento terem transitado pelas adquirentes após ter advindo de terceiros e

acerca do desatendimento do “*aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999*”. Em seguida conclui:

34. Esta relatora entende que a situação nos presentes autos se amolda às dos Acórdãos contrários à amortização.

35. No presente caso, não havia interesse em a CBD incorporar a Recorrente após a aquisição do seu controle acionário; assim, criou a Mandala, que serviu a este objetivo.

36. A empresa que acreditou na mais-valia e investiu os recursos foi a CBD, mas a "confusão patrimonial" com a incorporação, não se deu entre esta e a Recorrente

Pois bem. Do racional da decisão recorrida percebe-se que esta entende que, para fins de registro e amortização de ágio, a “real adquirente”, isto é, a “empresa que acreditou na mais-valia e investiu os recursos” é, necessariamente, a pessoa jurídica do grupo da qual se originam os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento, sendo justificável a participação da chamada “empresa-veículo” apenas quando aspectos relacionados à regulamentação do setor de atividade a que as empresas estão inseridas impeçam a “aquisição direta e posterior incorporação”.

Neste sentido, a divergência jurisprudencial restará demonstrada caso os paradigmas apresentados tenham validado o registro e a amortização do ágio em operação em que os recursos financeiros utilizados para a aquisição do investimento com ágio tenham sido primeiramente investidos em uma empresa do grupo para que esta então adquira tal investimento.

No caso do paradigma 1302-003.434 (Caso TNT), a questão colocada para análise é bem semelhante à do caso em tela, com a diferença de que, ali, os recursos vieram de empresa do grupo no exterior.

Naquele caso, eis que o voto condutor observa que “*o cerne, e fundamento, da imposição tributária sub examine está calcado, exclusivamente, no uso de uma empresa veículo para operacionalizar a aquisição da Expresso Mercúrio pelo grupo TNT.*” E continua (grifamos):

Todas as críticas feitas pela D. Auditoria Fiscal, vejam bem, repousam sobre o curto espaço de tempo entre a aquisição da TNT Two pela TNT Spain, o aumento de seu capital, a integralização deste (em espécie), a aquisição da Expresso Mercurio pela dita empresa de passagem e finalmente a incorporação desta pela própria sociedade investida. Em outras palavras, o problema é, tão só, o uso da dita empresa veículo.

Diante de tal autuação, o voto condutor do acórdão 1302-003.434 discorre acerca do uso de “empresas-veículo” na aquisição de investimentos, e conclui (grifamos):

Insisto e repriso que, se estivéssemos diante de uma sucessão de operações criadas de sorte a tentar ocultar fatos ou dissimular atos (na acepção estritamente objetiva e técnica do art. 167 do Código Civil), sem o emprego de recursos em espécie e sem se observar efeitos concretos tanto sob o plano econômico-societário, como no plano fiscal, o uso da empresa veículo poderia ser considerado como prova adicional da ausência de substância econômica dos negócios (ou ausência do alardeado "intento negocial"); não é, contudo, o que se observa no caso em exame.

Lado outro, como afirmado acima, ainda que os valores utilizados na aquisição da recorrente tenham advindo de empresas situadas no exterior, tais valores foram enviados

ao Brasil pelo canais legais e obrigatórios e, uma vez empregados, geraram, vale a insistência, ganho de capital oferecido à tributação. Este fato, na minha concepção, é suficiente inclusive para afastar eventual alegação de simulação (ou, de outra sorte, ter-sei-a que admitir, também, o direito da empresa adquirida pleitear a restituição do IR/recolhido sob o aludido ganho de capital dado que o imposto não pode incidir sobre fato ilícito, conforme definição do art. 3º do CTN).

O voto condutor justifica a legitimidade da utilização da empresa veículo na liberdade de organização, argumento que seria também válido para o caso de empresas localizadas no país -- neste sentido, observa que *“a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88.”* Assim, pode-se afirmar que, apesar do aspecto fático diferente relativo à origem dos recursos, a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos seria capaz de levar a uma alteração da decisão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

Observo que o racional do paradigma 1302-003.434 foi analisado quando da interposição, pela Fazenda Nacional de recurso especial contra tal decisão (o qual acabou não tendo sido conhecido em razão da ausência de demonstração de divergência jurisprudencial). Naquela ocasião, o i. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli observou (trecho do voto no acórdão 9101-005.790<sup>1</sup>, de 08 de outubro de 2021):

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma holding (empresa-veículo) adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago.

(...)

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (a holding ou empresa veículo) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a adquirente de direito, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Assim, compreendo que a divergência jurisprudencial resta demonstrada com base no paradigma 1302-003.434.

Não obstante, o mesmo não se conclui do acórdão 1301-003.937 (Caso Iriel).

Em tal precedente, o voto condutor assim resume a questão a ser analisada: *“controverte-se nos autos a questão relacionada à utilização de “empresa veículo”, capitalizada por controladora dessa empresa, que adquiriu o investimento com pagamento de ágio para, após incorporação, amortizá-lo, fundado na expectativa de rentabilidade futura..”*. Ocorre que, ali, o voto valida a utilização da chamada “empresa-veículo” quando haja *“caminhos alternativos disponíveis ao contribuinte e que levariam ao mesmo resultado”*, faz observações acerca da legislação acerca do Programa Nacional de Desestatização (PND) e observa: *“operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, são, ao contrário, atuações induzidas, inclusive, pelo Poder Público.”*

---

<sup>1</sup> Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob, sendo que esses dois últimos divergiram para conhecer do recurso.

Como se percebe, a operação analisada pelo acórdão 1301-003.937 encaixa-se exatamente na exceção comentada pelo voto condutor do acórdão recorrido, em que até mesmo este traz a questão como precedente favorável ao contribuinte. Os fatos tratados no paradigma 1301-003.937 se diferenciam do caso dos autos em aspecto essencial e considerado relevante para o voto condutor do recorrido, de maneira que não resta caracterizada a divergência jurisprudencial.

Vale notar que o acórdão 1301-003.937 traz ainda um argumento adicional para validar a amortização do ágio ali realizada, observando que *“Além desse fundamento, [sobre a legislação do PND], ainda ha um outro, na direção de permitir o aproveitamento do ágio gerado: há claro propósito negocial na constituição da empresa denominada S.I. Muito razoável a justificativa que apresentou a recorrente, quando sustenta a criação de uma "Conta Garantia", (...).”* Tal argumento adicional igualmente não encontra paralelo com os aspectos fáticos discutidos nos presentes autos.

Ante o exposto, compreendo que o acórdão 1301-003.937 não serve de paradigma para o caso em questão.

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial, exclusivamente com relação ao paradigma 1302-003.434.

## **Mérito**

O mérito do presente recurso especial consiste em definir acerca da legitimidade do registro e amortização fiscal de ágio gerado na aquisição de investimento por pessoa jurídica que foi considerada pela autoridade autuante como “empresa-veículo”.

O auto de infração de IRPJ indica como base legal o artigo 3º da Lei 9.249/1995, artigos 247, 249, I, 250, 251, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325 do RIR /99. A CSLL foi julgada como mero reflexo e não há argumentação específica sobre esta contribuição admitido para análise neste recurso especial. A multa aplicada foi de 75% e não há acusação de dolo, fraude ou simulação.

Importante ressaltar que não se questiona nos presentes autos a existência do ágio, ou o seu fundamento econômico. Pelo contrário, é ponto incontroverso que o ágio em questão foi gerado a partir de uma operação legítima, celebrada entre partes independentes, tendo sido o seu fundamento econômico (rentabilidade futura) devidamente demonstrado através do competente laudo de avaliação. O próprio despacho de admissibilidade, quando dá seguimento ao recurso especial, assim caracteriza a hipótese a ser decidida:

Impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio quando a real investidora transferiu recursos a “empresa veículo” com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária e se a “confusão patrimonial”, exigida pelo artigo 386, RIR/99, não envolveu as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, mesmo que as operações que deram origem ao ágio tenham sido celebradas entre partes independentes, com o efetivo pagamento do preço e laudo de avaliação contemporâneo às operações.

O debate, como se verá adiante, se restringe a definir quem deve ser considerada a “real adquirente” para fins de aplicação do artigo 7º da Lei 9.532/1997 (base legal do artigo 386 do então vigente RIR/99).

Como já se transcreveu, a decisão recorrida entendeu que “*não havia interesse em a CBD incorporar a Recorrente após a aquisição do seu controle acionário; assim, criou a Mandala, que serviu a este objetivo.*” Mas que “*A empresa que acreditou na mais-valia e investiu os recursos foi a CBD, mas a "confusão patrimonial" com a incorporação, não se deu entre esta e a Recorrente*”. O voto condutor do acórdão recorrido não indica especificamente quais os **fatos** do caso concreto o levaram a esta conclusão.

Para que se possa seguir a linha de que é necessária a “confusão patrimonial” entre “real investidora” e “investida” é necessário confirmar quem são tais figuras na operação de aquisição em questão, é dizer, se por um lado não se nega que a investida seja a Globex/Via Varejo, é necessário definir se a “real investidora” no caso é foi a Mandala, como sustenta o sujeito passivo, ou a CBD, como apontou a autoridade autuante.

A tese de que deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição, e não necessariamente quem celebrou o contrato, não encontra respaldo na redação do artigo 7º da Lei 9.532/1997 tal como ela se apresenta. De fato, a menos que houvesse dispositivo legal dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente” em um negócio de compra e venda a pessoa que se prove ter pactuado com outrem a aquisição do investimento.

Analisando-se o Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que a alegação ali não foi exatamente nessa linha de “ausência de confusão patrimonial” tal como adotada pelo acórdão recorrido. De fato, a autoridade autuante afirma (fl. 1.598): “*Nossa conclusão, como demonstraremos a seguir, foi no sentido de que claramente foi adotado um planejamento fiscal abusivo por meio do uso de uma empresa-veículo (MANDALA), agravado pela sua qualificação de efêmera e de ser uma empresa apenas "no papel".*” (grifos nossos).

A fiscalização indica os seguintes **fatos** para chegar à conclusão de que se tratou de “planejamento abusivo”:

- (i) A MANDALA foi constituída em 30/10/2008 com capital social de R\$ 10.000,00 e foi extinta após incorporação na sua controlada VIA VAREJO conforme Ata de AGE de 22/12/2009.

➤ Ou seja: a Mandala existiu por pouco mais de 1 ano

- (ii) A pessoa física que era sócia da Mandala juntamente com a CBD era Vice Presidente Administrativo Financeiro da própria CBD e a representava no mesmo ato de constituição da MANDALA. A sede da Mandala foi estabelecida no mesmo endereço dos domicílios de Enéas e de José Roberto Coimbra Tambasco, Vice Presidente Comercial Operacional, que também se apresentou no ato de constituição da Mandala como representante da CBD.

➤ Ou seja: a Mandala foi constituída pela CBD e pessoas a ela ligadas, com sede no domicílio de pessoas físicas (o que, em conjunto com outras

circunstâncias, poderia eventualmente servir de indício de ausência de infraestrutura física compatível para a realização de suas atividades)

- (iii) Em 08 de junho de 2009, MANDALA celebrou contrato de compra de ações da VIA VAREJO com os então controladores e, posteriormente, fez oferta pública de aquisição das ações de minoritários (*tag-along*).
- Ou seja: os instrumentos de compra e venda do investimento na Via Varejo foram firmados pela Mandala, e com terceiros.
- (iv) O fato relevante divulgado pela CBD indicava que ela havia adquirido a GLOBEX (VIA VAREJO) “por sua subsidiária” MANDALA
- Ou seja: as empresas divulgaram que a aquisição foi realizada diretamente pela Mandala e indiretamente pela CBD
- (v) A CBD aumentou o capital social da MANDALA em julho e em outubro de 2009. O pagamento pelas ações da VIA VAREJO foi feito em moeda corrente e com ações da CBD (que utilizou os respectivos créditos contra a Mandala para aumentar o capital desta sociedade), sendo que “*conta-corrente bancária de MANDALA serviu apenas para que o dinheiro transitasse entre o real adquirente (CBD) e o alienante, e tudo sempre no mesmo dia*”
- Ou seja: o pagamento pelo investimento foi feito diretamente por Mandala, com recursos originados na CBD
- (vi) “A intercalação e incorporação de MANDALA, sociedade recentemente criada e que subsistia até então com apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de capital, foi, do ponto de vista negocial, totalmente desnecessária para CBD adquirir as participações em GLOBEX. Por isso, o fiscalizado foi incapaz de apontar de forma específica quais teriam sido as razões não tributárias que teriam levado as partes a seguir um caminho mais longo para a realização do negócio” (grifamos)

Tal conclusão foi extraída pela autoridade autuante após a comparação das razões que o sujeito passivo alegou para **(a)** a interposição da Mandala na estrutura de aquisição (o sujeito passivo “*se limitou a informar que a estrutura de aquisição foi definida com o objetivo de maximizar os ganhos operacionais, comerciais e financeiros resultantes da consolidação do grupo no segmento de não alimentos – eletrônicos, preservando, no entanto, a separação de cada uma das linhas de negócio*”) e **(b)** a incorporação da Mandala apenas cerca de 6 meses depois (“*a unificação das atividades e da administração das duas sociedades resultará em benefícios às sociedades, de ordem administrativa, econômica e financeira...*”).

A autoridade autuante questiona, essencialmente: “*após a CBD ter efetuado um enorme conjunto de atos societários e financeiros para transferir recursos à MANDALA a fim de lhe permitir adquirir as participações em GLOBEX, só se foi descobrir, alguns poucos meses depois, que manter MANDALA resultaria numa estrutura mais onerosa que manter apenas a GLOBEX?*”

- Ou seja: as razões indicadas pelo sujeito passivo para a participação da Mandala na operação são incongruentes com os motivos indicados para a sua extinção via incorporação, o lapso temporal entre as operações (cerca de 6 meses) não permite inferir que tenha havido alguma alteração de parâmetros, e o sujeito passivo não foi capaz de esclarecer à fiscalização sobre essa possível incongruência.

Percebe-se que a autoridade autuante concluiu que se tratou de “planejamento fiscal abusivo” por emprego de “empresa veículo”, mas não “batizou” o vício (não há menção, no Termo de Verificação Fiscal, ao emprego de simulação, abuso de direito, abuso de formas, negócio jurídico indireto, falta de causa, falta de propósito negocial e conceitos afins). Há apenas menção ao “abuso” do planejamento e ao uso de “empresa veículo”.

Também não foi apontado no auto de infração a base legal específica para a requalificação da operação (que passou da declarada “aquisição de investimento pela Mandala” para “aquisição de investimento realizada pela CBD”) – isto é, não se indicou se a revisão do lançamento se deu por aplicação do artigo 149, VII, do CTN, do tão questionado parágrafo único do artigo 116 do CTN, ou eventual outra base legal.

A ausência de “batismo” do vício é apenas uma constatação que se faz sobre o Termo de Verificação Fiscal já que, realmente, **não há nenhum requisito legal de que a autoridade dê nome ao vício que a levou a requalificar os fatos**. A autoridade autuante deve, sim, indicar os motivos para o lançamento tributário e a respectiva base legal, indicando os fatos que a levaram a tal conclusão, independentemente da indicação e um nome jurídico à motivação utilizada para a autuação.

Analisando-se o Termo de Verificação Fiscal, pode-se depreender que a autoridade autuante entendeu como “abuso” a interposição, em negócio jurídico que resultou em vantagens tributárias, de pessoa jurídica de existência efêmera e cujos motivos não-tributários alegados pelo sujeito passivo para a participação na operação não se revelaram congruentes com o resultado final dos atos praticados, e que por isso foi chamada de “empresa veículo”.

Mas os fatos especificamente apontados pela autoridade fiscal para a consideração da Mandala como “empresa veículo”, ou empresa existente apenas “no papel”, não levam necessariamente a esta conclusão. Conforme analisado acima, provou-se que a Mandala teve existência efêmera e tinha sede na residência de uma das pessoas físicas ligadas à CBD, mas isso não necessariamente comprova que a sua infraestrutura física ou operacional seria incompatível com seu objeto social.

Da mesma forma, eventual pretensão de se alegar que a Mandala não teria efetivamente participado da negociação dos instrumentos de aquisição do investimento na Globex/Via Varejo não encontra qualquer respaldo na documentação acostada aos autos – pelo contrário, esta indica que foi a Mandala quem assinou os documentos, bem como que tanto o fluxo financeiro quanto os comunicados ao mercado sempre indicaram que aquisição estava sendo feita por meio da Mandala.

Talvez por essa dificuldade de provar algum vício ou patologia específica no negócio tal como realizado, a autoridade fiscal preferiu seguir a linha do “planejamento

abusivo”, utilizando-se desse fundamento para requalificar a operação como tendo sido aquisição pela CBD, e não pela Mandala.

E tal “abuso” teve por base uma inconsistência da motivação extratributária indicada pelo sujeito passivo **nas suas respostas à fiscalização**.

Nesse ponto, observa-se que, de fato, é possível entender que o sujeito passivo não esclareceu quais outros ganhos, além do tributário, resultaram da participação da Mandala na operação, nem qual seria a sua razão de ser na estrutura do grupo considerando que, menos de 6 meses depois da aquisição, ela foi extinta por incorporação na sua investida.

Falou-se muito em “razões societárias e operacionais” para a participação da Mandala, mas tais razões acabam por se justificar na própria incorporação desta sociedade. Por exemplo, a fl. 2064 o sujeito passivo alega que *“Como foi esclarecido pela Recorrente durante a fase de fiscalização, a utilização da MANDALA ocorreu por força de razões de natureza societária e econômica, uma vez que não seria conveniente a unificação da CBD e da GLOBEX em uma única pessoa jurídica”*. Da mesma forma, a fls. 2068-2069 se afirma que *“O GPA atribuiu à MANDALA a função de adquirir a Recorrente uma vez que a alternativa da aquisição direta pela CBD, seguida da união das duas empresas, seria extremamente onerosa, complexa e indesejada do ponto de vista societário, operacional e econômico, trazendo resultados indesejados.”* (...) *“Em outras palavras, a interposição da MANDALA revela-se completamente neutra do ponto de vista estritamente fiscal, tendo servido apenas ao atendimento de propósitos societários, econômicos e de gestão operacional.”*

O principal papel da Mandala parece mesmo ter sido permitir o registro e amortização do ágio mantendo a segregação das linhas de negócio (segmentos alimentício na CBD e de eletroeletrônicos, na Globex/Via Varejo), o que poderia não ocorrer se a aquisição tivesse sido realizada pela CBD diretamente -- eis que, aí, muito embora ainda fosse possível o registro do ágio, a sua amortização fiscal poderia implicar a união das linhas de negócio, eis que a legislação condiciona o início da amortização à incorporação da investida na investidora ou vice-versa.

O argumento do sujeito passivo é de que *“se os dois caminhos (aquisição direta ou aquisição indireta) conduziam ao mesmo resultado fiscal (aproveitamento do ágio), é evidente o despropósito de cogitar-se em “planejamento tributário abusivo.”* (fl. 2067).

Preferimos colocar a questão de outra forma: o ordenamento tributário brasileiro atual tem mecanismos de controle desse tipo de planejamento? É dizer, tal “planejamento tributário abusivo”, que resulta na realização de negócios jurídicos **sem prova de vícios ou patologias**, mas cuja estruturação levou em consideração essencialmente a obtenção de vantagens fiscais, está sujeito a requalificação para fins tributários? E, além disso -- e mais importante aqui -- **o auto de infração em questão trouxe os subsídios legais para tal desconsideração?**

A resposta a tais indagações é um solene “não”.

A autoridade autuante até iniciou a caminhada argumentativa no sentido de buscar provar que a Mandala seria uma empresa apenas “no papel” (o que, efetivamente poderia apontar para eventual vício no negócio jurídico de aquisição do investimento -- vício este que alguns

poderiam chamar de simulação, outros de ausência de “causa”). Fez isso ao indicar, por exemplo, a existência efêmera, a inconsistência entre as razões negociais apontadas pelo sujeito passivo para interveniência da Mandala na operação de aquisição *versus* a sua rápida incorporação, bem como o fato de que os recursos financeiros utilizados na aquisição terem originado em sua sócia CBD.

Mas os fatos indicados a fim de provar tal tese pararam por aí, e não são suficientes para se chegar à conclusão de que a Mandala seria, realmente, uma pessoa jurídica sem substância, ou sem participação efetiva na operação, e/ou para se concluir por algum vício ou patologia no(s) negócio(s) jurídico(s) praticado(s).

É dizer, a fiscalização não aprofundou a investigação de forma a trazer indícios convergentes que funcionassem como prova de que a Mandala não tinha infraestrutura física e operacional compatível com seu objeto social, ou que ela não teria tido participação concreta na operação de aquisição do investimento, etc., nem apontou efetivamente quaisquer fatos que indiquem patologias nos negócios jurídicos praticados.

Ao mesmo tempo, a autoridade autuante não conseguiu infirmar -- pelo contrário, as provas que traz apenas confirmam -- que foi a Mandala quem, pelo menos formal e diretamente, adquiriu o investimento de terceiros, e pagou por ele com recursos que, não obstante tenham tido origem na sua controladora CDB, eram recursos próprios da Mandala, porque nela capitalizados.

Insubsistente, assim, a acusação de “empresa veículo”, eis que ausente prova de tal patologia quanto à pessoa jurídica da Mandala.

Não há nos autos **elementos que comprovem** que a operação não foi a alegada pelo sujeito passivo (“aquisição da Globex/Via Varejo pela Mandala”), nem que tenha sido a “aquisição da Globex/Via Varejo pela CBD”, como pretendeu o Fisco.

Diante de tal cenário, o que temos é acusação de “planejamento tributário abusivo” em negócios jurídicos para os quais **não vem a ser provado nenhum vício ou patologia**. Também não houve a indicação da **base legal** que pudesse conferir à autoridade autuante em questão prerrogativa a **requalificação** dos atos para fins fiscais diante de tais circunstâncias.

Como destaca Marco Aurélio Greco, “*do lado do Fisco, cabe-lhe um duplo ônus da prova, pois deve contrapor algo à qualificação jurídica trazida pelo contribuinte. Nesta tarefa, cabe-lhe provar que a operação não é aquela exposta pelo contribuinte ao mesmo tempo em que precisa provar suficientemente o novo enquadramento por ele sustentado. Se esse duplo ônus da prova não for atendido, a pretensão fiscal não procede*”<sup>2</sup>.

Quanto ao sujeito passivo, Marco Aurélio Greco indica que “*se o contribuinte não justificar o que fez, isso não é suficiente para autorizar o Fisco a cobrar, mas sua posição na discussão se fragiliza, pois se não explica o motivo e a finalidade, abre-se maior espaço para o Fisco caminhar na construção de sua qualificação dos fatos*” (*idem, ibidem*).

---

<sup>2</sup> GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 536, grifos nossos.

Não se nega que a incongruência dos alegados motivos extratributários para ter estruturado a operação com a participação da Mandala possa ser uma fragilidade do “planejamento tributário” em questão. Mas a ausência de motivos extratributários, isoladamente, não autoriza o Fisco a requalificar as operações e dar a elas o rótulo que acarrete maior carga tributária. Não perante o ordenamento jurídico atualmente vigente, e muito menos diante das bases legais indicadas no auto de infração que se discute.

**É dizer, a requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, mas por mera acusação de “planejamento abusivo” baseada em “ausência de motivo não tributário” para a escolha de uma estrutura em lugar de uma outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo seja na base legal indicada no auto de infração em questão, seja no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.**

Alguns indicam que este seria, aliás, o papel do parágrafo único do artigo 116 do CTN, mas mesmo estes não negam que, exatamente por ter tal alcance, o dispositivo depende de regulamentação, o que ainda não ocorreu – neste sentido, Marco Aurélio Greco observa que a “terceira fase” do debate sobre o conceito de planejamento tributário envolveria a revisão do princípio da capacidade contributiva, de maneira que mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade) nem assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva” (cit. p. 319). Este mesmo autor, no entanto, também afirma que “enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar o ato de desconsideração nele fundamentado”. (cit., p. 568).

Neste sentido, Sergio André Rocha é enfático ao observar que “A Terceira Fase da Teoria de Greco depende da regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Essa relação de dependência é estabelecida pelo próprio autor. Assim, sem tal regulamentação não se pode cogitar de aplicação do raciocínio da Terceira Fase, da mesma forma que não há que se cogitar de efeitos práticos do princípio da capacidade contributiva positiva”<sup>3</sup>.

Discute-se, aliás, se eventual regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN seria compatível com o ordenamento (e a Constituição Federal) caso viesse a trazer semelhante conteúdo, mas isso sempre *de lege ferenda* (por lei ainda a ser elaborada). É de se observar, ademais, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a necessidade de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, no julgamento da ADI 2446<sup>4</sup>.

Fato é que, no direito posto, atualmente, a mera acusação de “planejamento fiscal abusivo” sem a efetiva prova de vício ou patologia no negócio jurídico ou conjunto de negócios jurídicos praticados não encontra guarida **nem mesmo** para simpatizantes da chamada “Terceira

---

<sup>3</sup> ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário na Obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 158, grifamos.

<sup>4</sup> O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 1.4.2022 a 8.4.2022.

Fase” do debate sobre planejamento tributário, que aceitam uma função positiva do princípio da capacidade contributiva.

Em resumo, não subsiste a acusação fiscal em discussão, eis que as bases legais indicadas e as provas trazidas pela autoridade autuante não são suficientes para a requalificação da operação ou para a conclusão pela ilegitimidade do ágio registrado e amortizado para fins fiscais.

Não é possível condenar a operação por ausência de “confusão patrimonial”, como pretendeu a decisão recorrida, sem prova de que, de fato, teria sido a CBD quem adquiriu a Globex/Via Varejo, e não a Mandala. Da mesma forma, não é possível, diante da base legal referida no auto de infração (e até mesmo diante da atual configuração do ordenamento jurídico tributário), se requalificar os atos para fins fiscais exclusivamente com base na acusação de “planejamento abusivo” ou “ausência de motivação extratributária”.

A depender da linha que se adote, aliás, seriam aplicáveis, aqui, as observações *ad argumentandum* adotadas pelo voto condutor do paradigma 1302-003.434 (naturalmente com as devidas adaptações, por exemplo quanto à origem do investimento, e ainda com a ressalva de que a linha teórica adotada neste voto não é exatamente a mesma abaixo, como se expôs acima):

Insisto e repriso que, se estivéssemos diante de uma sucessão de operações criadas de sorte a tentar ocultar fatos ou dissimular atos (na acepção estritamente objetiva e técnica do art. 167 do Código Civil), sem o emprego de recursos em espécie e sem se observar efeitos concretos tanto sob o plano econômico-societário, como no plano fiscal, o uso da empresa veículo poderia ser considerado como prova adicional da ausência de substância econômica dos negócios (ou ausência do alardeado "intento comercial"); não é, contudo, o que se observa no caso em exame.

Lado outro, como afirmado acima, ainda que os valores utilizados na aquisição da recorrente tenham advindo de empresas situadas no exterior, tais valores foram enviados ao Brasil pelo canais legais e obrigatórios e, uma vez empregados, geraram, vale a insistência, ganho de capital oferecido à tributação. Este fato, na minha concepção, é suficiente inclusive para afastar eventual alegação de simulação (ou, de outra sorte, ter-se-ia que admitir, também, o direito da empresa adquirida pleitear a restituição do IR/recolhido sob o aludido ganho de capital dado que o imposto não pode incidir sobre fato ilícito, conforme definição do art. 3º do CTN).

Em resumo, não há nas operações aqui tratadas qualquer mácula que possa, a luz dos preceitos dos artigos 116, parágrafo único, e 167 do Código Civil, autorizar a desconsideração dos negócios avençados, dotados que foram de efeitos econômicos e tributários efetivamente concretizados. As despesas com amortização de ágio licitamente formado, o foram com a estrita observância das regras encartadas nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532, pelo que, entendo, descabível a sua glosa, com o devido respeito.

Neste ponto, oportuno esclarecer que a menção ao trecho do paradigma acima é feita apenas para demonstrar que o julgamento do presente recurso especial está alinhado ao caso apresentado para fins de reconhecimento da divergência jurisprudencial, quando igualmente cancela semelhante exigência.

Ante o exposto, oriento meu voto para dar provimento ao recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

## Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Esta Conselheira acompanhou a I. Relatora no conhecimento do recurso especial da Contribuinte em face da similitude demonstrada perante o paradigma nº 1302-003.434, mas divergiu no mérito, para negar-lhe provimento.

Consoante relatado no acórdão recorrido, *a Recorrente atua na compra e venda e importação de utilidades domésticas, produtos manufaturados e semifaturados, eletrônicos em geral de informática e comunicação de dados e, devido à aquisição, o Grupo Pão de Açúcar alcançou liderança no varejo brasileiro. Mais à frente, consta que não seria conveniente a unificação da CBD e da Globex numa única pessoa jurídica, devendo ser preservados como distintos o segmento alimentício na CBD e o eletrônico na Recorrente, separação que permanece até o momento, com lojas, funcionários, sistemas operacionais, clientes e contratos distintos para as duas pessoas jurídicas. Daí que a criação da Mandala permitiu a incorporação pela Recorrente, enquanto que a incorporação da Recorrente pela CBD seria onerosa para não dizer inviável.*

A amortização de ágio em tais circunstâncias é matéria que vinha sendo decidida em linha com as premissas do acórdão recorrido pela maioria qualificada desta Turma, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

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.

Fato 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 escritural<sup>5</sup>. 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

---

<sup>5</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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 1976 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).**

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 consumisse 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 cisão<sup>6</sup>.

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 1997<sup>7</sup>, 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 SCHOUERI<sup>8</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

---

<sup>6</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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.

(...)

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 Mista<sup>9</sup> 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).

---

<sup>9</sup> 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.

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam 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 n.º 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei n.º 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 subsequentes 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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<sup>10</sup>.

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.

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.

---

<sup>10</sup> 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).

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 ATALIBA<sup>11</sup>.

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.

---

<sup>11</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 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. SCHOUERI<sup>12</sup>, 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

---

<sup>12</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

(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**.

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 consequente, 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 consequente ("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 consequência, 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. (*destaques do original*)

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte, formadora do ágio amortizado, foi a Companhia Brasileira de Distribuição.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

*Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.*

*O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa MANDALA Empreendimentos e Participações S/A, denominada como "empresa-veículo" e investida, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa CBD).*

*E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.*

*A utilização da empresa MANDALA Empreendimentos e Participações S/A (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (CBD) do evento de incorporação.*

A autoridade lançadora por sua vez, bem apontou a simulação presente na interposição de MANDALA:

Nossa conclusão, como demonstraremos a seguir, foi no sentido de que claramente foi adotado um planejamento fiscal abusivo por meio do uso de uma empresa-veículo (MANDALA), agravado pela sua qualificação de efêmera e de ser uma empresa apenas "no papel".

(...)

65) Note-se que até a véspera do pagamento da primeira parcela do preço de aquisição, num montante de várias centenas de milhões de reais, MANDALA subsistia com apenas R\$ 10.000,00 de capital. Ademais, verifica-se que a conta-corrente bancária de MANDALA serviu apenas para que o dinheiro transitasse entre o real adquirente (CBD) e o alienante, e tudo sempre no mesmo dia.

66) Os recursos recebidos da CBD não chegavam sequer a permanecer de um dia para o outro, conforme podemos verificar nos extratos de julho, setembro e outubro (DOCX19, DOCX21 e DOCX22).

67) Tudo que foi exposto já seria suficiente para demonstrar que o real adquirente de GLOBEX foi a CBD e que a intercalação de MANDALA foi de cunho meramente formal, mas vale ainda citar a comunicação da CBD por força de pedido de esclarecimento formulado pela autoridade de fiscalização do mercado (DOCX23):

(...). Fato Relevante divulgado pela CBD em 8 de junho de 2009, **que informou aos acionistas e ao mercado em geral celebração de contrato para aquisição, por meio de Mandala Empreendimentos e Participações S.A., subsidiária da Companhia, de 86.962.965 ações ordinárias**, nominativas e sem valor nominal, representativas de 70,2421% do capital social total e votante de Globex Utilidades S.A. (nossos destaques)

[...] (*destaques do original*)

Expresso está, nestes termos, que CBD foi a adquirente do investimento, e MANDALA somente foi interposta nesta operação para viabilizar o posterior aproveitamento fiscal do ágio. Nas palavras da própria Contribuinte: *A MANDALA foi utilizada sobretudo para: (i) manter separadas as bases acionárias e os segmentos alimentício na CBD e eletroeletrônicos na GLOBEX (a Recorrente) (ii) garantir a incorporação para fins de amortização do ágio do ponto de vista operacional; (iii) evitar a perda de prejuízos fiscais da GLOBEX.*

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial, na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, não se pode acolher as alegações da Contribuinte. A legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão n.º 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM n.º 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM n.º 319/99:

*A Instrução CVM n.º 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.*

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei n.º 9.532/97:

*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 n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n.º 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 n.º 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-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

[...]

*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. (negrejou-se)*

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

*Art. 23. [...]*

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).*

[...]

*Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:*

*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. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)*

*IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.*

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida<sup>13</sup>. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM n.º 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei n.º 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a

---

<sup>13</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. *(destaques do original)*

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida.

Estas as razões, portanto, para divergir da I. Relatora e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA