



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

**Processo nº** 10830.016840/2009-11  
**Recurso nº** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-002.468 – 1ª Turma  
**Sessão de** 21 de novembro de 2016  
**Matéria** IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO  
**Recorrente** MANN+HUMMEL BRASIL LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

**PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.**

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

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

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

**DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.**

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

**DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.**

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

**CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.**

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

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

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

**ART. 36 DA LEI 10.637 DE 2002. DIFERIMENTO DE GANHO DE CAPITAL. TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA SEM REPERCUSSÃO NA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DECORRENTE DA REAVALIAÇÃO DAS AÇÕES.**

Os eventos decorrentes de reestruturação societária sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não tem nenhuma repercussão na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. A real sociedade investidora, que promoveu a reavaliação das ações valendo-se do permissivo de diferimento de ganho de capital, não participa do evento de modificação societária que autoriza a utilização da despesa de amortização do ágio.

**CSLL. DECORRÊNCIA.**

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator) e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

*(assinado digitalmente)*

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício

*(assinado digitalmente)*

Luís Flávio Neto - Relator

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura - Redator Designado

EDITADO EM: 16/01/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício), Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo e Daniele Souto Rodrigues Amadio, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado).

## **Relatório**

Trata-se de recurso especial interposto por **MANN+HUMMEL BRASIL LTDA** (doravante “**MANN+HUMMEL**”, “**recorrente**” ou “**contribuinte**”), em face do acórdão nº **1101-000.969** (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “**Turma a quo**”).

O processo administrativo em tela consiste em prosseguimento da atuação fiscal atinente ao processo n. 10830.009519/2008-08, no qual realizou-se a glosa de despesas com amortização de ágio nos anos-calendário de 2004, 2005, 2006, 2007, com a imposição de multa de 75% e a cobrança de juros de mora. No presente caso:

- glosou-se a compensação de prejuízos e bases negativas de CSLL nos anos-calendário 2006 e 2007, decorrente da reversão, para lucro, dos resultados originalmente negativos, apurados no ano-calendário 2005. Tal reversão decorreu das glosas de amortizações e exclusões vinculados ao ágio desqualificado no lançamento anterior;
- glosa das despesas de amortização de ágio atinente ao ano-calendário de **2008**.

Conforme se colhe do acórdão recorrido, a autuação fiscal em tela foi lavrada em face de operação de reestruturação societária levada a termo no âmbito do grupo empresarial a que pertence a recorrente, com as seguintes imputações, *in verbis*:

"Também não foram admitidas as amortizações de ágio promovidas após incorporação de MSJ Comercial Ltda em 01/07/2004. Alegou a fiscalizada que o ágio estaria fundamentado em rentabilidade futura, mas a autoridade fiscal entendeu tratar-se de um NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO, portanto INVÁLIDO, pois as declarações de vontade são falsas, as manifestações não são verdadeiras, na realidade trata-se de uma “operação artificial” e foram feitas com o fim específico de “planejamento tributário” visando diminuir o pagamento de imposto de renda e contribuição social, com a criação do que podemos denominar de “ágio de si mesma”, configurando um ato simulado, portanto ilícito, perfeitamente enquadrável nos artigos 167 e 187 do Código Civil [...].

A MSJ Comercial Ltda, constituída com capital social de R\$ 100,00, teve suas quotas transferidas para Mann + Hummel Ibérica S/A e Mann + Hummel Beteiligungs Under Ver Wartungsgesellschaft MBH. Na sequência, Mann + Hummel Ibérica S/A integralizou capital na MSJ Comercial Ltda no valor de R\$ 151.203.460,00, entregando-lhe a totalidade de sua participação na Mann + Hummel Brasil Ltda, a qual fora adquirida de Mann + Hummel GMBH (Alemanha) em 10/12/2003, por contrato no exterior, com base em laudo de avaliação datado de 18/12/2003. Diante deste contexto, disse a Fiscalização:

26 – A aquisição da MSJ Comercial Ltda teve por fim o único e exclusivo propósito de futuramente ser incorporada pela MANN + HUMMEL BRASIL LTDA, tanto é assim que, também em 15/12/2003, o contribuinte promove a sua 45ª Alteração do Contrato Social, com a entrada e saída, na mesma data, de seu quadro societário da MANN + HUMMEL IBÉRICA S/A, que antes mesmo de sua participação surtir efeito entre as partes, conforme descrito na própria alteração contratual; efeitos estes que somente se concretizavam em 31/12/2003, às 22:00, horário da República Federativa do Brasil; transfere para a MSJ COMERCIAL LTDA as 41.674.304 quotas representativas do capital da MANN + HUMMEL BRASIL LTDA tornando-se assim a MSJ COMERCIAL LTDA, dona de praticamente a totalidade de seu capital social e obviamente pronta para ser incorporada.

A autoridade lançadora cogita que as operações somente foram realizadas porque os envolvidos eram representados pelas mesmas pessoas, inexistindo terceiros nas operações. Afirma que a Mann + Hummel Ibérica S/A não necessitava em nada da MSJ COMERCIAL LTDA, para a consecução de seus objetivos econômicos, a não ser que evidentemente, outros interesses existissem, como de fato houve, que no caso é a redução nos pagamentos de tributos. Ressalta que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 e o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 procuraram facilitar os negócios jurídicos válidos, dando maior dinamismo ao mercado, possibilitando a reestruturação das empresas, o seu fortalecimento econômico e financeiro, mas que somente há formação de ágio quando a transação se dá entre partes independentes não relacionadas, consoante ensina a doutrina e como expresso no Ofício Circular CVM, de 14/02/2007.

Conclui, assim, que não tendo a MANN + HUMMEL BRASIL LTDA suportado nenhum ônus financeiro com as transações de suas próprias quotas, que estavam em poder da MSJ COMERCIAL LTDA, incorporada em 01/07/2004, as correspondentes “Despesas de Amortização Ágio” devem ser glosadas. Considerando que tais despesas foram contabilmente reduzidas por conta da realização da “Provisão p/ ajuste do valor Ágio”, esta excluída na apuração do lucro real, a autoridade fiscal também procedeu à glosa destas exclusões.

O contribuinte apresentou, então, impugnação administrativa, a qual foi julgada improcedente pela DRJ, em decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Data do fato gerador: 31/12/2006, 31/12/2007, 31/12/2008

ÁGIO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. FORMALIDADE. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. INEFICÁCIA.

A formalização de reorganização societária em que não exista motivação outra que não a criação artificial de condições para auferimento de vantagens tributárias é inoponível à Fazenda Pública. Negada eficácia fiscal ao arranjo societário sem propósito negocial, restam não atendidas as condições para a amortização do ágio como despesa dedutível, impondo-se a glosa e a recomposição das apuração dos tributos devidos.

ÁGIO DE SI MESMO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária. A utilização de empresa sem vida econômica anterior caracteriza a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora, com a subsequente amortização de ágio de si mesma.

ÁGIO DE SI MESMO. CUSTO. FUNDAMENTOS CONTÁBEIS. INCONSISTENCIA.

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando surgido em transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível.

PREJUÍZOS ACUMULADOS. REVERSÃO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

A recomposição de ofício do resultado do exercício por conta da constatação de infrações com reflexos sobre o saldo de prejuízos acumulados disponíveis para compensação, repercute sobre os resultados futuros em que os prejuízos foram utilizados para reduzir o tributo apurado. Constatada a insuficiência do saldo para suportar as compensações dos exercícios subsequentes, correta a glosa das compensações indevidas.

MULTA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO. CRÉDITO EXIGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE.

Em não se verificando as hipóteses legais de lançamento de ofício sem a imposição de multa correspondente, incabível seu afastamento em sede de julgamento administrativo.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2006, 31/12/2007, 31/12/2008

ÁGIO DE SI MESMO. CUSTO. FUNDAMENTOS CONTÁBEIS. INCONSISTENCIA.

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando surgido em transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades

sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível.

Por impactar diretamente a escrituração contábil, a amortização do ágio, nesse contexto, deve ser expurgada do resultado do exercício, não havendo que se cogitar das hipóteses legais de ajuste na apuração da CSLL.

Nesse seguir, foi interposto pelo contribuinte recurso voluntário. Ao julgá-lo, a Turma *a quo* proferiu o acórdão recorrido, que decidiu: “1) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à glosa de amortização de ágio, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e José Ricardo da Silva; 2) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à glosa de exclusões decorrente da provisão para ajuste do valor do ágio, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e José Ricardo da Silva; 3) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à exigência de CSLL, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e José Ricardo da Silva; 4) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO em relação à multa de ofício aqui aplicada sobre a compensação indevida de prejuízos fiscais e bases negativas, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.”

O acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros.

EXCLUSÃO. REVERSÃO DE PROVISÃO. Somente podem ser excluídas do lucro real as reversões contabilizadas em contrapartida à conta de receita. Se a provisão é liquidada em contrapartida a conta de despesa, a exclusão a título de reversão de provisão presta-se, em verdade, a complementar a dedução da despesa, e se sujeita aos mesmos efeitos atribuídos à despesa contabilizada.

EXCLUSÃO. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO REGISTRADAS ANTES DA INCORPORAÇÃO. As amortizações contabilizadas até o momento da incorporação devem ser baixadas no momento da liquidação do investimento e não observam as regras sucessórias estabelecidas para outras adições e exclusões que podem ser aproveitadas pela incorporadora.

REFLEXO NA APURACÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS E BASES NEGATIVAS. RESULTADOS NEGATIVOS REVERTIDOS EM AÇÃO FISCAL ANTERIOR. MULTA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. A multa de ofício estipulada para os lançamentos

decorrentes de falta de recolhimento e/ou de declaração somente pode ser afastada nas hipóteses legalmente previstas.

O contribuinte tempestivamente interpôs recurso especial (**fls. 916 e seg. do e-processo**), arguindo a divergência em relação às seguintes decisões proferidas por diferentes Turmas do CARF, especialmente quanto às seguintes matérias: **1)** ausência de vedação legal ao aproveitamento do ágio; **2)** possibilidade de exclusão da reversão de provisão para ajuste de ágio; e **3)** suspensão da exigibilidade em relação à glosa de compensação de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL.

O despacho de admissibilidade, contudo, conheceu apenas parcialmente o recurso especial do contribuinte, quanto à matéria “(1)”, negando seguimento às demais matérias “(2)” e “(3)” (**fls. 1.491 e seg. do e-processo**). Nos termos do RICARF, tal decisão tornou-se definitiva no âmbito deste processo administrativo em face do despacho de *reexame de admissibilidade de recurso especial* (**fls. 1.498 e seg. do e-processo**), que a confirmou.

Por não se conformar com o conhecimento apenas parcial de seu recurso, o contribuinte impetrou o Mandado de Segurança n. 1004796-12.2015.4.01.3400, distribuído à 12ª Vara Federal da SJDF, requerendo ordem liminar para o seguimento integral do recurso especial interposto perante o CARF e, ao final, para seja definitivamente reconhecido o seu direito à apreciação, por esta CSRF, das matérias em questão. No entanto, conforme as informações presentes nestes autos, o referido pedido liminar foi indeferido (**fls. 1.536 e seg. do e-processo**), bem como não restou alterada essa decisão em face de agravo de instrumento interposto (**fls. 1.620 e seg. do e-processo**).

**Nesse cenário, então, está sob julgamento, nesta reunião da CSRF, apenas a matéria atinente à possibilidade da amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária de parte relacionada.**

Sobre essa matéria, a PFN apresentou contrarrazões ao recurso especial do contribuinte (**fls. 1.501 e seg. do e-processo**), arguindo, em síntese, a indedutibilidade do ágio em questão:

- "O referido arranjo societário permitiu à Contribuinte Recorrente a dedutibilidade de ágio, cuja amortização foi questionada e glosada pela autoridade fiscal. Isso porque as operações societárias realizadas foram consideradas como sendo um NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO, portanto, INVÁLIDO, pois as declarações de vontade demonstraram-se falsas, tratando-se, na realidade, de uma “operação artificial” e foram feitas com o fim específico e exclusivo de diminuir o pagamento do imposto de renda e da contribuição social."

- "O propósito exclusivo de impedir o recolhimento de tributos ordinariamente devidos fica patente se considerarmos, conforme o fez a Fiscalização, que:

**I)** os sócios da MSJ COMERCIAL LTDA, são os mesmos da MANN + HUMMEL IBÉRICA S/A, que por sua vez, tem os mesmos sócios da MANN + HUMMEL BRASIL LTDA;

**II)** tanto isso é verdadeiro que o representante e administrador da MSJ COMERCIAL LTDA e da MANN + HUMMEL BRASIL LTDA, é a mesma pessoa, decerto nomeado pelos verdadeiros detentores do capital social, no caso, a MANN + HUMMEL GMBH;

**III)** portanto, a cessão e transferência das quotas, não ocasiona nenhum risco, uma vez que as quotas permanecem em ‘poder’ do seu verdadeiro e original dono, não chegando a serem transmitidas a outro, pelo simples fato de que não existe um terceiro na negociação;

**IV)** isto é facilmente comprovado quando na 46ª Alteração do Contrato Social, datada de 01 de julho de 2004, data da incorporação da MSJ COMERCIAL LTDA, pela MANN + HUMMEL BRASIL LTDA, que nesta data já detinha um patrimônio líquido de R\$ 95.499.696,60, face ao Laudo de Avaliação Contábil para Fins de Incorporação, datado de 01/07/2004, a MANN + HUMMEL IBÉRICA S/A, (...) passa a ser a nova sócia quotista, aumentando o capital social da MANN + HUMMEL BRASIL LTDA, por meio da emissão de 27.735.046 quotas de R\$ 1,00 cada, aumento este representado pelo valor contábil do ágio (ajustado pelo valor líquido de realização) existente no ativo da MSJ COMERCIAL LTDA, conforme demonstrado no citado Laudo de Avaliação."

- ausência de propósito negocial e substrato econômico na operação;

- necessidade de observância do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007.

Note-se que a PFN não se opôs ao conhecimento do recurso especial quanto à parte admitida por despacho.

Conclui-se, com isso, o relatório

## Voto Vencido

Em seu recurso especial, o contribuinte apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF. Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial, concluindo corretamente quanto à legitimidade de seu integral conhecimento (**fls. 1.682 e seg. do e-processo**).

### 1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobreprego* que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro.<sup>1</sup>

Um exemplo simplificado é útil para situar essa ideia geral. Na década de 90, em plena transformação da indústria automobilística brasileira, era comum que as

<sup>1</sup> Vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 13 e seg.

concessionárias levassem meses para receber da fábrica os automóveis adquiridos por seus clientes. O cliente comum, ansioso para receber o automóvel em que empenhava as suas economias, era submetido a uma longa e angustiante espera mesmo após já ter concretizado a compra. As concessionárias, então, vislumbraram nisso uma oportunidade: adquiriam antecipadamente alguns automóveis novos, assumindo o risco (baixo, devido à elevada procura) de não os vender. Assim, aos clientes eram apresentadas duas possibilidades: (i) a aquisição do veículo pelo preço de tabela, com a espera de alguns meses até a entrega pela fábrica ou; (ii) a aquisição do veículo em estoque (entrega imediata), com o acréscimo um determinado valor sobre o preço da tabela, a título de “ágio”.

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do “ágio” referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *sobrep preço* com o objetivo de desfrutar da posse do veículo antecipadamente, ao que estaria destituído dessa fruição imediata caso optasse por desembolsar apenas o preço de tabela do bem. Já o vendedor, por sua vez, seria recompensado pelo risco assumido e pelo adiantamento à fábrica do custo do automóvel. O “ágio”, nesse simplório exemplo outrora corriqueiro no mercado automobilístico brasileiro do varejo, ilustra bem quão normal é o pagamento de *sobrep preços*, bem como que este pode ser justificado por motivos distintos sob as perspectivas dos dois polos do negócio jurídico (adquirente e alienante).

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à **aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras)**. No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

### 1.1. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento, avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). “Ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: à época dos fatos presentes nestes autos, era exigido de companhias investidoras que evidenciassem o fato de que parte do investimento mantido em empresa controlada ou coligada não se justificaria pelo valor patrimonial desta, mas sim por um *ágio* despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo qual se incorreu neste.<sup>2</sup>

Nos idos de 1976, a Lei n. 6.404 (“Lei das SAs”) regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:  
(...)”

<sup>2</sup> Após a Lei 12.943/2014, **que se aplica a período posterior ao dos presentes autos**, o ágio por expectativa de rentabilidade futura se tornou residual ao valor justo dos ativos da investida.

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas ou coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, deveriam desdobrar o custo destas em: **(i)** valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e; **(ii)** ágio ou deságio eventualmente presente na aludida aquisição:

**Decreto-lei n. 1.598/77**

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

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

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

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

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

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

**Avaliação do Investimento no Balanço**

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

O ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente da empresa investidora, na conta de investimento (ativo diferido), seria amortizado mediante débito ou crédito em seu lucro líquido. A referida amortização, no entanto, seria meramente contábil, não podendo

(ainda) gerar efeitos fiscais. Ainda do ponto de vista da contabilidade, vale observar que o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise.

Note-se que a apuração ou mesmo amortização contábil do aludido *ágio por expectativa de rentabilidade futura*, escriturada pela empresa investidora em função do MEP, sempre se manteve neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria. Essa foi a regra estabelecida pelo Decreto-lei 1.598/77:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Contudo, como será analisado no subtópico seguinte, a amortização fiscal do do ágio, à fração 1/60 ao mês, passou a ser possível a partir da edição da Lei n. 9.532/97, que previu uma *fórmula operacional básica* a ser seguida pelo contribuinte para a dedutibilidade da referida despesa.

## **1.2. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.**

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido de **2004 a 2007**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis diante das alterações legislativas sobre a matéria.

Com a edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências tributárias do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma *fórmula operacional básica*, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado, com a redução da base de cálculo do tributo, no mínimo em 60 meses, nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

**III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração<sup>3</sup>;**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>3</sup> Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

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

Analiticamente, nos termos da Lei n. 9.532/97, a hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura requer que seja executada uma *fórmula operacional básica*, a saber:

- Aquisição de investimento, por quaisquer das formas em Direito admitidas, com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido pelo MEP;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa);
- Exclusão de até 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo.

Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 prescreveram que, na *hipótese* de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da *fórmula operacional básica* estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), **então a consequência jurídico-tributária deve ser** a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

No ambiente jurídico em questão, para que o contribuinte fizesse jus à dedutibilidade do ágio, deveria preencher os referidos critérios. No presente caso, então, para que a fiscalização tributária logre êxito na glosa de despesas de ágio excluídas da base de cálculo do tributo, deverá demonstrar a simulação ou outras formas de não cumprimento de algum desses requisitos.

## **2. Aquisição de investimento de partes relacionadas mediante a integralização de ações avaliadas a valor de mercado e com apuração de ganho de capital diferido.**

A Lei n. 12.973/2014 prescreveu a regra de que operações de aquisição de participação acionária entre partes dependentes não devem ter efeitos fiscais para fins amortização de ágio. Conforme já se advertiu acima, contudo, o presente caso não é regido por essa Lei, tendo em vista que os fatos se reportam a período muito anterior à sua edição.

Essa distinção quanto às normas aplicáveis ao caso é relevante. Ocorre que, até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia na legislação brasileira vedação expressa ou mesmo qualquer referência a essa figura que, no jargão, tornou-se popular chamar “*ágio interno*”. Por se tratar de um rótulo, que surgiu da experiência diante de situações concretas e não da Lei n. 9.532/97, é preciso compreender a sua extensão e as consequências jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como “*ágio interno*”, sem perder de vista as peculiaridades da situação concreta ora trazida a esta CSRF.

Em termos muito gerais, o chamado “*ágio interno*” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes estranhas entre si, não ligadas, não relacionadas, não dependentes. Em geral, há a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o *ágio* foi constituído “*internamente*”, sem a participação de agentes *externo*.

Assim como operações realizadas entre partes independentes societariamente podem se revelar artificiais (com conluio, por exemplo), quando se está diante de operações rotuladas de “*ágio interno*”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “*válido*” ou “*inválido*”. Enquanto o primeiro, *ágio interno válido*, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, o *ágio interno inválido* não gera qualquer direito à dedutibilidade dessas despesas. Nas ponderadas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>4</sup>, “*há ágios internos e ‘ágios internos’*”.

A *pedra de toque* deste julgamento, portanto, consiste em qualificar o caso concreto como *ágio interno válido* (operações juridicamente existentes) ou *ágio interno inválido* (operações simuladas).

## 2.1. O “*ágio interno válido*”, cujos efeitos jurídicos devem ser reconhecidos pela administração tributária.

É compreensível que operações realizadas entre partes relacionadas permaneçam no radar da fiscalização tributária, tendo em vista a maior facilidade para a manipulação de atos cometidos *intramuros*. No entanto, no presente caso, a presença de partes relacionadas não é determinante ou mesmo relevante para a amortização fiscal do *ágio* por expectativa de rentabilidade futura.

Essa assertiva encontra fundamento ao menos em duas evidências jurídicas, com as quais é convergente uma evidência de natureza contábil.

Sob a perspectiva da contabilidade, ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS<sup>5</sup> suscitam que a máxima contábil, de que “só se ativa o *ágio* por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade”, demanda a questão do que seja “entidade”. Esclarecem os professores que, enquanto países como EUA adotam a tradição da elaboração de balanços consolidados, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então,

<sup>4</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. *Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias*, in *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2012, p. 194.

<sup>5</sup> MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Ágio interno é um mito?*, in *Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos* (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2013.

seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

O argumento contábil, então, restringe substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. A partir de tal constatação, LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA<sup>6</sup> acertadamente suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de **ágio interno artificial**, desde que, evidentemente, resta caracterizada a **simulação** da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

Em boa medida, essa tradição contábil brasileira reflete o contexto jurídico vigente no Brasil ao tempo dos fatos deste processo administrativo. Por essa razão, há convergência com duas evidências jurídicas quanto à irrelevância de ligação entre as partes da operação de aquisição de investimento com ágio, tal como aquela que está sob julgamento: (i) o princípio da legalidade e o completo silêncio do legislador (período anterior à Lei n. 12.973/2014) e; (ii) todos os requisitos exigidos pelo legislador para a apuração e amortização fiscal do ágio podem potencialmente ser cumpridos em operações realizadas entre partes ligadas.

A **primeira evidência jurídica** referidas, atinente ao princípio da legalidade, decorre da inexistência de qualquer reação do legislador competente à hipótese de realização de operações entre partes ligadas, especialmente no que pertine à amortização de eventual ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado.

O reclamo por uma lei para a restrição à *liberdade de empresa* do contribuinte não necessita de maiores justificativas. As restrições às liberdades fundamentais, quando permitidas, devem ser veículas por lei que expresse com clareza a decisão do legislador competente. A exigência de clareza decorre também dos princípios da *segurança jurídica*, *certeza do direito* e *confiança*, pelos quais se requer que o legislador estabeleça os critérios para que a sua decisão restritiva seja executada pela administração fiscal. Tais critérios devem fornecer caracteres que possibilitem ao executor da lei, sem arbítrios, segregar situações qualificáveis como legítimas de outras, consideradas vedadas, não toleradas.

Nas situações em que *partes ligadas, relacionadas, dependentes* sejam critérios para segregar situações legitimamente geradoras de direitos de outras, nas quais o Direito tributário não reconhece as mesmas consequências, esses conceitos devem ser claramente delimitados pelo legislador. **Por não se tratar de conceito vulgar, mas sim técnico, é imprescindível delimitação legal.**

Um bom exemplo pode ser colhido da sistemática dos preços de transferência prevista pela Lei n. 9.430/96, aplicável exclusivamente na hipóteses “operações efetuadas com pessoa vinculada” (art. 18). Como não poderia ser diferente, em seu art. 23, a da Lei n. 9.430/96 expressamente prescreve os critérios para que os contribuintes e a administração fiscal identifiquem quando há e quando não há *vinculação* entre as partes envolvidas na operação.

<sup>6</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in *Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF* (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

O mesmo se dá em relação à matéria objeto deste recurso especial.

A Lei n. 12.973/2014, em seu art. 22, passou a prescrever que, em operações ocorridas a partir de sua edição, a apuração de ágio (*good will*) apenas poderá se dar na hipótese de “aquisição de participação societária entre partes não dependentes”. Por não se tratar de conceito vulgar, mas técnico, o legislador necessariamente deveria definir critérios para identificar a referida *dependência*, o que o fez no art. 25 da aludida lei, como segue:

“Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.”

Sobre esse ponto, a Lei n. 12.973/2014 contrasta e torna o silêncio da Lei n. 9.532/97 ainda mais eloquente: apenas a partir da edição dessa nova lei passou a ser vedada a apuração fiscal de ágio na *aquisição de participação societária entre partes dependentes*. Inovou-se o sistema jurídico, com o estabelecimento de critérios para identificação de operações alcançadas pela referida restrição legal.

Como até o 2014 o legislador não vedava a apuração de ágio em reestruturações societárias realizadas entre partes relacionadas, considerando tal fator como *a priori* irrelevante, a Lei n. 9.532/97 não prescreveu quaisquer critérios para distinguir situações em que as partes fossem ligadas ou independentes. **A ausência de critérios prescritos pelo legislador, por exemplo quanto ao grau de dependência admitido (ou, o grau de independência exigido), impossibilita que o intérprete adote arbitrariamente requisitos subjetivos e apriorísticos.**

Nesse seguir, nos casos ocorridos antes da edição da Lei n. 12.973/2014, sob pena de ofensa à legalidade, não pode haver discriminação de operações pelo fato exclusivo de não haver a participação de terceiros independentes na operação, inclusive por não haver parâmetros legais para a delimitação de conceito de *dependência* no bojo da Lei n. 9.532/97.

A *segunda evidência jurídica*, que deve ser considerada no julgamento deste recurso especial, consiste na constatação de que todos os requisitos exigidos pela Lei n. 9.532/97, para a apuração e amortização fiscal do ágio, podem potencialmente ser cumpridos em operações em que partes ligadas estejam presentes ou não.

Como é sabido, no período dos fatos geradores atinentes ao presente caso, vigia norma segundo a qual “apenas” seriam relevante os seguintes critérios para se aferir a possibilidade ou não da amortização fiscal do ágio: **(i)** aquisição de investimento em pessoa jurídica com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; **(ii)** fluxo

financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; **(iii)** desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; **(iv)** absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou *vice-versa*), de forma que a amortização do ágio se processe contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição) e, ainda, **(v)** deve ser respeitado o limite quantitativo de 1/60 ao mês para a amortização do ágio.

O requisito **(i)** deve ser aferido a partir das regras de aquisição de participação societária prescritas no âmbito do Direito privado. Dessa forma, a aquisição de participação societária, referida pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97, poderá se dar por quaisquer das formas em Direito admitidas.

Nesse universo de possibilidades para aquisição de participação societária, em caráter não exaustivo, podem ser citados exemplos como doação, permuta ou alienação realizadas pelo proprietário das ações de uma pessoa jurídica, bem como a integralização de dinheiro, de bens imóveis, de bens móveis ou mesmo direitos relacionados a bens intangíveis (marcas, patentes, direitos de imagem etc), entre outras, realizadas como contribuição ao capital social da pessoa jurídica.

No caso ora sob julgamento, houve a prática de negócio jurídico típico e tradicional no ordenamento brasileiro, caracterizado pela aquisição de participação societária em uma pessoa jurídica mediante a composição do capital social desta com participação societária detida em outra pessoa jurídica. A referida operação de integralização de ações ocasiona, indiscutivelmente, *aquisição de participação societária* na empresa investida.

O requisito **(ii)**, requerido pela Lei n. 9.532/97, consiste, como se viu, em sacrifícios econômicos ou financeiros para a aquisição da participação societária com sobrepreço (ágio). Não requereu o legislador que houvesse fluxo de moeda na operação, o que restringiria a apuração de ágio para fins fiscais apenas às hipóteses de integralização de dinheiro ao capital social de pessoa jurídica ou, ainda, à alienação de participação societária em troca de dinheiro. Na verdade, o legislador não distinguiu sacrifícios financeiros ou econômicos inerentes a quaisquer das formas em Direito admitidos para a aquisição de participações societárias.

Quando uma empresa (A) integraliza ações de uma determinada empresa (B) no capital de outra (C), o ordenamento jurídico brasileiro outorga a possibilidade dessas ações serem vertidas a *valor histórico* ou a *valor de mercado*. Trata-se de uma opção fiscal. Se a referida integralização ocasionar a aquisição de participação societária equivalente ao valor de mercado das ações integralizadas, então deverá ser apurado o correspondente ganho de capital, nos termos da legislação tributária aplicável. Se, por outro lado, a contribuição ao capital social da empresa investida se limitar ao valor histórico da participação societária integralizada, então não haverá, naturalmente, ganho de capital a ser apurado.

Em relação a esse requisito, o que distingue o *ágio interno válido* do *ágio interno inválido* é a artificialidade das operações realizadas. O *ágio interno válido* pressupõe que a avaliação das ações, pois se mentirosa fosse, estaria simulando o sacrifício econômico que corresponde ao requisito **(ii)** para a amortização fiscal do ágio. Diante da simulação da transmissão desses direitos que, na verdade, inexistem, não há como admitir-se a apurado e amortizado fiscal do ágio.

O requisito *(iii)*, atinente ao desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio incorrido, pode igualmente ser cumprido. Na apuração do MEP, se for o caso, o custo de aquisição do investimento deve ser desdobrado no valor patrimônio líquido da empresa investida e no sobrepreço incorrido, justificado por expectativa de rentabilidade futura.

Não é demais repetir que, como o *ágio interno válido* tem como condição a verdade dos atos praticados, a expectativa de rentabilidade futura deve ser real. Dito de outro modo, as avaliações, os laudos ou outros meios de prova utilizados pelo contribuinte para justificar o sobrepreço incorrido não podem ser inconsistentes, artificiais.

O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n. 01/2007 não representa óbice para o cumprimento desse requisito no presente caso. Conforme esse pronunciamento, para o registro, mensuração e evidenciação do ágio pela contabilidade, seria necessária independência entre as partes da operação. A recomendação em questão, contudo, seria aplicável **exclusivamente às companhias de capital aberto**, de forma a sequer influenciar o caso ora em análise, em que está em cena empresa de capital fechado.

Por sua vez, para o cumprimento do requisito *(iv)*, que consiste na absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou pela pessoa jurídica investidora (ou *vice-versa*), naturalmente seria totalmente indiferente anterior operação de aquisição entre partes ligadas. Portanto, também não há óbice potencial ao cumprimento desse requisito.

Para encerrar, o requisito *(v)* exige o respeito ao limite quantitativo de 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo, cujo cumprimento, naturalmente, independe da questão ora sob análise.

Nesse cenário, como até a edição da Lei n. 12.973/2014 seria possível a existência de *ágio interno válido*, oponível ao fisco, é ilegal reputar como ilegítima operação de aquisição de investimento exclusivamente por esta ter sido realizada entre partes ligadas, à revelia da demonstração da prática de atos simulados pelo contribuinte.

A análise dos precedentes do CARF traz exemplos de casos envolvendo *ágio interno* reputado de *válido*, nos quais verificou-se inexistir simulação, como se observa das ementas a seguir:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

**ÁGIO INTERNO.** A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

**ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.** Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ART. 109 CTN.

**ÁGIO. ÁGIO INTERNO.** É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerado adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação). ELISÃO. Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse accidental. SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

(Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.** O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas

minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.  
(Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Nesse cenário, como norma prescrita pelo legislador competente (até a edição da Lei n. 12.973/2014), deve ser reconhecido o ágio gerado por operação real, não simulada, independentemente de haver sido conduzida entre partes relacionadas, ligadas, dependentes.

## 2.2. O “ágio interno inválido”: definição de “simulação” e critérios legais para a qualificação do caso concreto.

Os casos rotulados de “*ágio interno inválido*” são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo empresarial, consideradas sem causa legítima, fictícias, artificiais, simuladas. O que os torna ilegítimos não é a realização de operações entre partes ligadas, mas a simulação que contamina tais operações, com o dolo de evadir tributos. Ao julgar o presente caso, a análise criteriosa esperada deste Tribunal requer esta consideração.

Nesse labor, é preciso rejeitar silogismos circulares, capazes de comprometer a correta aplicação das normas tributárias pertinentes, como este:

- Premissa 01: Operações com partes relacionadas, quando simuladas, não dão direito à amortização do ágio.
- Premissa 02: Operações realizadas sem a participação de terceiros são, por si, simuladas.
- Conclusão: Operações com partes relacionadas nunca dão direito à amortização do ágio.

O vício desse silogismo decorre da “premissa 02”, que não é verdadeira. Não se pode assumir que operações realizadas entre partes dependentes sejam, apenas por essa razão, viciadas.

**Nos presentes autos, compreendo ser juridicamente mandatário que o lançamento tributário apenas se mantenha caso se logre demonstrar que a amortização fiscal do ágio, tal como levada a termo, seja parte de um processo engendrado por meio de atos simulados, com o dolo específico de deduzir indevidamente despesas para a evasão de tributos.**

Como a *pedra de toque* para a solução da matéria ora sob julgamento está centrada no reconhecimento da **simulação**, faz-se necessário compreender adequadamente esse instituto.

As decisões do CARF até o fim do século XX apresentavam duas características fundamentais quanto à simulação: (i) a simulação seria um *vício de*

*consentimento*, cuja mácula consistiria na divergência entre a *vontade interna*, subjetiva, e a *vontade declarada*; (ii) seria exigida a demonstração dos atos realizados às escuras, divergentes daqueles levados ao público.<sup>7</sup> Assim, no acórdão n. 01-01857, de 15.05.95, julgado pela CSRF<sup>8</sup>, foram refutadas as alegações de simulação formuladas pela fiscalização, tendo em vista a inexistência de provas de que a vontade das partes, levada a cabo nos documentos formulados para uma incorporação, seria contraditória com a vontade íntima efetivamente presente.

Contudo, FABIO PIOVESAN BOZZA<sup>9</sup> sugere que, desde meados de 2005, a concepção de *simulação* no âmbito do CARF teria se tornado preponderantemente *causalista*, com contraposição à postura *voluntarista* até então. O elemento fundamental para a caracterização da simulação não seria mais a divergência subjetiva, entre a vontade interna das partes e a manifestada nos negócios realizados. O foco, a partir de então, passaria a ser a incompatibilidade objetiva entre o modelo adotado nas operações realizadas para o negócio supostamente pretendido pelas partes.

A partir daí, embora não se possa dizer que seja estanque a referida divisão, em muitos julgamentos passaram a ser despidiendas as provas quanto à verdadeira vontade das partes ou da prática de atos às escondidas (*modelo subjetivo*). Em vez disso, pelo *modelo objetivo*, passaram a ter lugar deduções lógicas decorrentes de indícios dos mais variados, vocacionados a demonstrar a divergência do negócio realizado com a sua causa típica. Paradoxalmente, observa FABIO PIOVESAN BOZZA<sup>10</sup>, “o conceito objetivo de simulação tornou-se de aplicação subjetiva”.

Do Direito positivo, é necessário observar que o art. 149, VII, do CTN, atribui ao agente fiscal a competência e o dever de realizar o lançamento tributado “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”. O legislador tributário não edificou um instituto distinto de “simulação fiscal”, mas laborou com remissão normativa, acolhendo o conceito normativo de “simulação” prescrito pelo Direito privado.

No Código Civil, a tutela da simulação se dá com o art. 167:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Desse modo, no âmbito do Direito civil e, por remissão do legislador complementar, também do Direito tributário, são reais e existentes atos de transmissão de direitos que efetivamente façam com que seja alterado o titular de direitos e obrigações de um determinado acerto patrimonial. Operações que apenas *simulam* essa transmissão devem ser

<sup>7</sup> Nesse sentido, vide: BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 214.

<sup>8</sup> CAREF, CSRF, acórdão n. 01-01857, de 15.05.95.

<sup>9</sup> BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 218-224.

<sup>10</sup> BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 228.

transparentes aos olhos da fiscalização tributária. Já operações que ocultam a prática de outro negócio jurídico devem ser desmascaradas: inoponível, a operação dissimulada, por transparente aos olhos do fisco, conduz a que se desvende a operação verdadeira que se procurou ocultar, à qual devem ser aplicadas as consequências tributárias correspondentes à espécie.

Assim, por exemplo, não há direito à amortização fiscal de ágio apurado em operação de integralização de ações, em que se tenha simulado uma supervalorização da participação societária objeto de contribuição. A utilização de laudos de avaliação forjados, sem lastro em critérios técnicos e aleatórios, evidencia a simulação e macula de forma insanável um dos critérios necessários para a amortização fiscal do ágio, qual seja, *sacrifício econômico ou financeiro incorrido para aquisição de participação societária com sobrepreço*. Da mesma forma, se o valor atribuído às ações oferecidas como contribuição à aquisição da participação societária é artificial, não se cumpre o *sacrifício* correspondente ao sobrepreço que se alega incorrer.

São conhecidas decisões deste Tribunal quanto ao *ágio interno inválido*, em que restou caracterizada a simulação e, por consequência, foram negados os efeitos fiscais de aquisições realizadas entre partes relacionadas, com a atração, por dever funcional do agente fiscal (ato vinculado e não discricionário), da aplicação de multa de 150%. Como exemplo, vale observar o seguinte precedente:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002  
Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. **ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados. (LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)**

Vale também observar que o nosso Colegiado (1ª Turma da CSRF), por unanimidade, recentemente julgou caso de *ágio interno inválido* (acórdão n. 9101-002.427). Naquele caso, restou evidenciada a simulação do sacrifício econômico alegadamente incorrido pelo contribuinte e a artificialidade do laudo de expectativa de rentabilidade futura. Fez-se necessário, portanto, descontinuar a real situação jurídica, de forma a evidenciar a ausência de fundamento para a amortização fiscal do ágio. Tendo em vista a estrutura engendrada com o intuito doloso de evadir tributos, manteve-se, naquele caso, a qualificação da multa para o percentual de 150%.

### **2.3. Âmbito de competência administrativa e inexistência de norma geral de reação a planejamentos tributários subjetivamente reputados “abusivos”.**

Uma última questão, que influencia e é influenciada pelas análises anteriormente expostas neste voto, diz respeito ao âmbito de competência administrativa (da fiscalização e dos Conselheiros deste Tribunal) para declarar inoponíveis os efeitos jurídicos de planejamentos tributários subjetivamente reputados como “abusivos”.

***Diante da inexistência de simulação, de qualquer vedação legal aos atos praticados pelo contribuinte, bem como do cumprimento de todos os requisitos legais exigidos para a apuração e amortização fiscal do ágio, a administração fiscal, com base no Direito vigente à época dos fatos, possuía competência para realizar a glosa objeto deste processo administrativo, mediante a desconsideração dos efeitos jurídicos que defluiriam de um planejamento tributário subjetivamente reputado como “abusivo” pelo agente fiscal?***

Longe de ser uma questão meramente teórica, o tema requer atenção à estrutura de separação dos poderes que rege o sistema jurídico brasileiro. Decisão que desconsidere esse fator atentará contra valor que corresponde a uma das poucas cláusula pétreas da Constituição Federal. É preciso ter claro, então, se a administração fiscal possui ou não competência para considerar inoponível as operações realizadas pelo contribuinte, à revelia de decisão do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário nesse sentido.

Não se trata de questão reclusa ao Direito brasileiro. Geralmente, há nos ordenamentos jurídicos estrangeiros *normas gerais* (*general anti avoidance rules – GAAR*) ou *normas específicas* (*specific anti avoidance rules – SAAR*) para a reação aos planejamentos tributários considerados *abusivos*. As *normas gerais de reação ao planejamento tributário* se prestam a alcançar algumas ou todas as espécies tributárias, com a prescrição de critérios para a identificação do *abuso*. Já as *normas específicas* incluem no âmbito de incidência da norma tributária, casuisticamente, situações que a experiência tenha demonstrado serem utilizadas pelo contribuinte como substitutas não tributadas ou ainda menos onerosas e que, por decisão do legislador, devem ser submetidas àquela tributação mais onerosa.

Dos sistemas jurídicos estrangeiros percebe-se, ainda, influxo dos Poderes Legislativo e Judiciário na edificação de normas jurídicas de delimitação da intolerância a planejamentos tributários qualificados como abusivos. Países com tradição no *civil law*, em que normas de reação ao abuso no planejamento tributário são prescritas pelo Legislador, encontram no Poder Judiciário um agente competente para aperfeiçoar o conceito de “abuso”, como ilustram alguns exemplos. Na Alemanha, embora o legislador tenha tutelado ativamente a *norma de reação ao abuso de formas*, o Poder Judiciário tem sido decisivo no

estabelecimento de testes para a delimitação do conceito de “abuso” (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1919, 1931, 1977 e 2007). Na França, berço da teoria da intolerância ao *abuso do direito*, o Legislador tem sido igualmente ativo, embora o Poder Judiciário também tenha sido decisivo para a evolução da GAAR vigente naquele país, como se observa do conhecido caso JANFIN<sup>11</sup>, cuja decisão foi recentemente acolhida pelo legislador francês (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1940, 1963, 1987 e 2008).

Por sua vez, sistemas jurídicos com tradição anglo-saxônica (*common law*), em tese, teriam como característica a competência do Poder Judiciário para enunciar GAAR ou SAAR, pelo método dos precedentes judiciais. Contudo, mesmo em sistemas com essa tradição jurídica, essa competência também pode ser exercida pelo Poder Legislativo. Como exemplo, nos EUA, em que a doutrina do *propósito negocial* foi edificada de forma fragmentada e casuística nos variados tribunais espalhados pelo território norte-americano, o Poder Legislativo, em 2008 (“*Obama Care*”), decidiu delimitar e uniformizar o conceito de “abuso” que deveria ser obedecido pela administração fiscal.

A revisão desses sistemas jurídicos estrangeiros pode contribuir ao menos com dois elementos importantes para o julgamento do presente caso. Primeiro, a variedade de normas, procedimentos e critérios para a delimitação do conceito de “abuso” nesses países demonstra ser correta a assertiva de KLAUS VOGEL, no sentido de que cada Estado possui o seu próprio *hidrômetro de intolerância ao planejamento tributário*, tendo em vista as suas peculiares tradições, necessidades e experiências.

Segundo, como a legalidade em matéria tributária está entre os princípios geralmente aceitos pelas nações civilizadas, os sistemas jurídicos estrangeiros citados têm em comum a exigência de lei, em sentido estrito, para a edificação de normas de reação ao planejamento tributário abusivo, com a possibilidade de certa atuação Poder Judiciário na enunciação normativa. Contudo, em nenhum desses sistemas estrangeiros foi outorgada à administração fiscal a competência para estabelecer, à revelia de decisão vinculante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, critérios próprios para a identificação do que seja “abuso” e das consequências daí decorrente.

No entanto, dogmas do Direito estrangeiro não podem ser importados acriticamente na aplicação do Direito pátrio, o que exige que se investigue as normas brasileiras que tutelam a matéria.

A Constituição Federal brasileira de 1988 traz consigo um sistema tributário peculiar: ao contrário de muitos outros ordenamentos, prescreve de forma analítica e detalhada princípios, arquétipos e regramentos para o Direito tributário<sup>12</sup>. Não seria de se estranhar que o Legislador Constitucional houvesse se preocupado com o controle do *planejamento tributário*, prescrevendo dispositivo com o objetivo de tutelar a matéria. Em tese, essa questão pode ser relevante ao julgador administrativo, sem prejuízo da Súmula n. 2 do CARF. Se houvesse uma norma constitucional de aplicação imediata, com limites objetivos ao planejamento tributário, a fiscalização poderia encontrar fundamento na Constituição Federal para a desconsideração de planejamentos tributários considerados *abusivos*.

<sup>11</sup>FRANÇA. Corte de Cassação. Caso Sté Janfin, n. 260050, 2006.

<sup>12</sup> Nesse sentido, vide: CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo : Ed. Malheiros, 2000. p. 269 e seg.

O peculiar detalhismo da Constituição brasileira, contudo, **não** chegou ao ponto da previsão de uma norma geral de reação a planejamentos tributários considerados abusivos, mas estabeleceu que compete ao legislador complementar regular a matéria por meio de norma geral (“GAAR”) e, ao legislador ordinário, a competência para prescrever normas específicas (“SAAR”).

Normas constitucionais relevantes para a matéria, especialmente aquelas que asseguram o Direito à livre iniciativa, à livre concorrência, à legalidade, à segurança jurídica, à igualdade, à solidariedade e à observância da capacidade contributiva na eleição legal do fato gerador, obrigam que se reconheçam premissas importantes, como: *i)* não se sustentam, no Brasil, teses sobre o “Direito de não pagar tributos” e nem sobre o “Dever fundamental de pagar tributos”, já que vige o *dever de contribuir com tributos validamente prescritos em lei*; *ii)* a norma constitucional se limita a atribuir *competência* ao legislador para regular a liberdade do contribuinte à realização de seus *planejamentos tributários*, mas não possui eficácia para legitimar, de forma imediata, a reação da Administração tributária a situações consideradas abusivas; *iii)* para a reação ao *abuso*, deve ser enunciada lei complementar de reação a planejamentos tributários realizados conforme determinado padrão não tolerado, a qual encontraria limites materiais nas normas constitucionais analisados.

Vale também observar que, embora o Brasil tenha raízes no *civil law*, a adoção da *cultura dos precedentes* (decisões com repercussão geral ou em sede de ADI, no âmbito do STF, ou recursos repetitivos, no âmbito do STJ) faz com que caminhemos para uma sistema híbrido, com traços do *commom law*, em que o Poder Judiciário possui competência para enunciar regras vinculantes. No entanto, até o momento, o Poder Judiciário brasileiro, não tem interferido para o delineamento de uma *norma geral de intolerância ao planejamento tributário*, remanescendo, sobre a matéria, a feição mais tradicional do *civil law*. Tampouco há decisões judiciais vinculantes específicas sobre o objeto do presente recurso especial, que repute alguma forma de amortização fiscal de ágio como abusiva.

Ocorre que, em conformidade com o art. 146 da Constituição Federal, compete ao legislador complementar decidir se haverá uma norma geral de reação a planejamentos tributários e, nesse caso, qual o critério para a identificação das hipóteses as quais o fisco não deverá tolerar (*hidrômetro da intolerância*). Esse legislador complementar, no ordenamento tributário vigente, enunciou apenas norma de reação à simulação (CTN, arts. 149, VII e 116, parágrafo único), deixando ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o procedimento especial para que se descortinem os casos de *dissimulação*.

Nesse cenário, embora muito se discuta o assunto, o legislador complementar brasileiro sempre limitou os poderes da administração fiscal para desconsiderar atos praticados pelo contribuinte, restringindo-os para tornar inoponíveis apenas atos “simulados”. Não há a outorga, pelo legislador competente (lei complementar) para que a administração fiscal considere inoponível atos que não possam ser qualificados como “simulados”.

**Isso significa que o legislador competente não considera o conceito de “simulação”, tal como prescrito pelo Direito civil, tão estreito a ponto de permitir atos que não deveriam ser tolerados, nem tão amplo a ponto de permitir arbitrariedades por parte do fisco. O legislador tributário complementar, desde a edição do CTN (anos 60) até hoje, considera suficiente a intolerância da administração fiscal à prática de atos simulados, reconhecendo-se a legitimidade das demais práticas.**

Merece destaque que a única revisão dos limites estabelecidos originalmente pelo CTN ocorreu em 2001, com a introdução de parágrafo único ao art. 116 por meio da Lei Complementar n. 105. Trata-se de revisão extremamente tímida, com hipótese de incidência já contemplada pelo art. 149, já que a *dissimulação* corresponde à *simulação relativa*. Além disso, a norma introduzida no parágrafo único do art. 116 do CTN é de *eficácia contida*, pois depende de lei ordinária para lhe dar operacionalidade. Mesmo após quinze da introdução do referido dispositivo pela Lei Complementar n. 105, nenhuma lei ordinária foi aprovada nesse sentido no âmbito federal.

Mesmo o legislador ordinário, portanto, possui competência apenas para regular o procedimento especial que deve ser seguido pela administração fiscal para a desconconsideração de atos dissimulados (CTN, art. 116, parágrafo único). A competência para a tutela de questões inerentes à norma geral lhe foram atribuídas pelo legislador complementar de forma restrita, apenas a fim de que regule o procedimento especial de aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN. Não compete ao legislador ordinário, desse modo, prescrever outras hipóteses à norma geral de intolerância ao *planejamento tributário*.

O legislador ordinário também possui competência para enunciar *normas específicas* de controle de *planejamentos tributários* (SAAR). No caso, apenas em 2014 o legislador ordinário exerceu a referida competência para tutelar o tema do *ágio interno*, impedindo o sua amortização para fins fiscais (Lei n. 12.973/2014).

Nesse cenário, retorna-se à questão: qual a competência da administração fiscal e, ainda, dos Conselheiros do CARF, para desconconsiderar os efeitos jurídicos de atos praticados pelo contribuinte e que tenham como consequência a redução ou o diferimento do ônus fiscal?

A resposta parece ser clara: a administração fiscal apenas pode considerar inoponíveis atos **simulados**. Como não há lei que outorgue à administração fiscal a competência para a desconconsideração dos efeitos jurídicos que defluiriam de atos que **não** possam ser qualificados como simulados, não é suficiente que a fiscalização subjetivamente repute um determinado planejamento tributário como “abusivo”.

Nos limites da competência que me foi outorgada pelo sistema jurídico vigente, portanto, cabe-me julgar como correta a glosa de despesas de amortização de ágio nas hipóteses em que a administração fiscal tenha cumprido o seu ônus probatório de demonstrar a ocorrência de atos simulados pelo contribuinte, engendrados com o dolo de evadir tributos, o que enseja a qualificação da multa para 150% e todas as demais consequências. Com a mesma carga mandatória, cabe-me, nos limites da competência de quem foi nomeado para o exercício dessa função pelo Poder Executivo, julgar como indevida, por ilegalidade, a glosa de despesas com amortização de ágio nas hipóteses em que não reste demonstrada a ocorrência de atos simulados.

### 3. Aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

Ao verificar-se o preenchimento dos critérios legais para a amortização, chama a atenção o seguinte trecho do acórdão recorrido, *in verbis* (e-fls. 1241 e seg.):

“Diante deste contexto, outra não poderia ser a conclusão fiscal: houve negócio jurídico simulado, portanto inválido, pois as declarações de vontade são falsas, as manifestações não são verdadeiras, na realidade trata-se de uma “operação artificial” e foram feitas com o fim específico de “planejamento tributário” visando diminuir o pagamento do imposto de renda e da contribuição social, com a criação do que podemos denominar de “ágio de si mesma”. É certo que a autoridade fiscal não se aprofundou no conceito de simulação ou de abuso de direito, e assim, inclusive, entendeu que não seria pertinente qualificar a penalidade imputada à interessada. Todavia, sua acusação é suficiente para demonstrar que o ágio amortizado não reunia os requisitos necessários para afetar o lucro tributável, porque representativo de ‘ágio de si mesma’.

(...)

Aqui, ausente a participação de terceiros na definição do valor atual da participação societária, mostra-se irrelevante abordar os demais aspectos aventados pela Fiscalização acerca da extemporaneidade do laudo de avaliação econômica, ou mesmo enfrentar as justificativas da interessada para o contrato com efeitos postergados estipulado pelo grupo empresarial. As autoridades lançadoras enfrentaram o ponto essencial para demonstrar a indedutibilidade do ágio amortizado: a ausência de substância deste valor em razão de seu surgimento por meio de operações intra-grupo, sem a intervenção de terceiros. Somente a vontade daqueles diretamente interessados na redução do lucro tributável é exteriorizada para afirmar que o investimento na empresa brasileira vale mais do que seu patrimônio líquido evidencia, e isto em razão dos lucros que irá auferir no futuro. Contudo, só há ágio por rentabilidade futura quando um terceiro reconhece esta possibilidade e por ela antecipadamente paga.”

Ao menos duas conclusões podem ser obtidas desses trechos.

Primeiro, ao adotar-se como pressuposto que operações de aquisição de investimento entre partes relacionadas seriam por si insuscetíveis de dar ensejo à amortização do ágio, o acórdão *a quo* compreendeu desnecessário investigar outros fatores, como a demonstração de seu fundamento econômico (expectativa de rentabilidade futura).

Em segundo lugar, não foi adequadamente imputada ao contribuinte a prática de atos dolosos para a prática de fraude, sonegação ou conluio, pois a fiscalização teria compreendido que, por se tratar de aquisição de investimento entre partes relacionadas seriam por si insuscetíveis de dar ensejo à amortização do ágio.

Conforme fundamentos expostos acima, não é válido afirmar que, até a edição da Lei n. 12.973/2014, o legislador passou a vedar a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes. **Contudo, tal vedação não existia no período pertinente aos presentes autos, em que o legislador apenas combatia operações artificiais, simuladas, cometidas com o dolo de evadir tributos.**

Tratando-se de questão desta envergadura, deve ser indubitável a imputação de tais vícios.

Além da assertiva presente no acórdão *a quo*, a ausência da caracterização de tais elementos fica clara quando se observa que **não foi imputada a multa de 150% no auto de infração**. Note-se que a desconsideração dos negócios jurídicos não é dependente da aplicação de multa de 150%. Contudo, tanto a desconsideração dos efeitos jurídicos das operações praticadas quanto a aplicação da multa qualificada têm como pressuposto a prática de atos praticados com o dolo da evasão de tributos, no caso, simulados.

Se não houve a indubitável qualificação no bojo do auto de infração, não pode esta ser levada a termo em instâncias recursais, especialmente em sede de recurso especial, com a reanálise de elementos de prova.

Nesse cenário, compreendo que o acórdão *a quo* deve ser reformado, a fim de que se afaste a glosa das despesas com ágio em razão das operações em questão terem sido realizadas entre empresas do mesmo grupo. Assim ocorrendo, deverão os autos retornar à Turma *a quo*, a fim de que seja verificado o cumprimento dos demais requisitos exigidos, a exemplo da efetiva demonstração dos fundamentos econômicos pelos quais o sobrepreço foi incorrido.

#### 4. Dispositivo do voto.

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte, a fim de determinar o retorno dos autos à Turma *a quo* para, considerando que, para o período relevante, não havia na legislação vedação *a priori* à apuração de ágio por expectativa de rentabilidade futura entre empresas do mesmo grupo, profira novo julgamento, verifique o cumprimento dos demais requisitos para o aproveitamento do ágio pela contribuinte.

*(assinado digitalmente)*

Conselheiro Luís Flávio Neto - relator

#### Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator Designado.

Apesar da bem fundamentada exposição do ilustre relator, peço vênica para divergir no mérito, em relação à matéria glosa de despesa de amortização de ágio.

Passo ao exame, apresentando, a princípio, análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois discorrer sobre o caso concreto.

##### 1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

**empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

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

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ( $60 + 10 + 12 = 82$  unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, 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>13</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 o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

## 2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

*Art. 219. Extingue-se a companhia:*

*I - pelo encerramento da liquidação;*

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

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

<sup>13</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

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. Casamento entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

*§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante*

*alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão <sup>14</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>15</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>16</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

<sup>14</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>15</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>16</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

*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>17</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.

<sup>17</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.

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

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que 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 nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):*

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

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

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

*IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário 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 nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 <sup>18</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.

<sup>18</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).

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.

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>19</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, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

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

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

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

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

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

<sup>19</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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>20</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**.

---

<sup>20</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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. Sobre o Art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002

Debates vem sendo travados em razão dos eventos ocorridos sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, que foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005:

*Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

O suporte fático tratado pelo artigo trata do diferimento do ganho de capital sob determinadas condições.

A **empresa A** é detentora de investimento, avaliado pelo MEP, na **empresa B**. De acordo com a regra geral, caso o investimento da **empresa B** seja reavaliado, a **empresa A** deveria tributar o ganho de capital auferido, conforme art. 438 do RIR/99 <sup>21</sup>.

O dispositivo do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, trouxe uma exceção. A **empresa A** faz a reavaliação das ações que possui na **empresa B**, e integraliza o aumento de capital da **empresa C** utilizando-se das ações reavaliadas da **empresa B**. Consolida-se estrutura societária no qual a **empresa A** controla diretamente a **empresa C**, e a **empresa C** controla diretamente a **empresa B**.

Autoriza o dispositivo em análise que o ganho de capital auferido na transação decorrente da reavaliação do investimento da **empresa B** seja diferido, até o momento em que o investimento seja realizado (§ 1º). E estabelece que **não** se considera realização do investimento *a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação* (§ 2º). Ou seja, se a empresa B e a empresa C foram objeto de evento de transformação societária, não seria hipótese de realização do investimento, e, por isso, permaneceria o diferimento do ganho de capital.

Ocorre que várias pessoas jurídicas entenderam que, o evento de transformação societária previsto no § 2º, envolvendo as **empresas B e C**, **também teria repercussão** na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o que permitiria a amortização do ágio decorrente da reavaliação do investimento.

Nesse contexto, foram engendradas várias operações, no sentido de construir o suporte fático previsto pelo *caput* do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, para reavaliar as ações da **empresa B**, integralizar aumento de capital da **empresa C** com as ações reavaliadas da **empresa B**, contabilizar o ágio decorrente da reavaliação do investimento, para, logo em

<sup>21</sup> Art. 438. Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 3º).

seguida, promover a incorporação da **empresa B** pela **empresa C**, e promover a amortização da despesa do ágio.

Ora, a **pessoa jurídica investidora** é a **empresa A**, que possui o investimento, a **empresa B**. Na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, a **empresa A** tinha previsão legal para reavaliar o investimento sem a necessidade de oferecer à tributação ganho de capital, reavaliação que deu origem ao ágio. De qualquer forma, foi a **empresa A** que tomou a decisão de reavaliar seu investimento, promoveu os estudos necessários para fundamentar a reavaliação e por consequência o ágio apurado, e, portanto, em nenhum momento deixou de ser a **pessoa jurídica investidora** na acepção do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Por sua vez, a **pessoa jurídica investida** é a **empresa B**, que teve suas ações reavaliadas.

E, conforme já observado, a transformação societária prevista no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, envolve a **empresa B** e a **empresa C**. Ora, ausente no evento de incorporação, fusão ou cisão a **empresa A (pessoa jurídica investidora)**, não se consuma a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 que autoriza a amortização da despesa do ágio.

Nesse sentido, os eventos decorrentes de reestruturação societária sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não tem nenhuma repercussão na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

## 9. 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.

## 10. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Transcrevo, inicialmente, relato dos fatos em debate apresentado na decisão recorrida:

1) Mann Hummel GMBH e Mann Hummel Beteiligungsund Verwaltungsgesellschaft MBH eram as únicas sócias de Mann Hummel Brasil Ltda;

2) Mann Hummel GMBH cede e transfere a Mann Hummel Ibérica SA (holding) quotas de Mann Hummel Brasil;

3) Mann Hummel Ibérica e Mann Hummel Beteiligungsund Verwaltungsgesellschaft MBH substituem os sócios da recém criada MSJ Comercial Ltda;

4) Ao subscrever capital na MSJ, Mann Hummel Ibérica o integraliza com a entrega de suas quotas na Mann Hummel Brasil, mas o faz pelo valor de R\$151.203.360,00 embora seu valor nominal seja R\$ 41.674.304,00;

5) Mann Hummel Ibérica passa a deter investimento em MSJ pelo valor de R\$151.203.360,00, e MSJ passa a deter investimento em Mann Hummel Brasil por aquele mesmo valor;

6) Mann Hummel Brasil incorpora a MSJ e aumenta seu capital em R\$27.735.046,00 em razão do ágio existente no ativo da MSJ;

7) Mann Hummel Ibérica substitui MSJ no quadro societário de Mann Hummel Brasil, mas agora detendo, além do capital de R\$ 41.674.304,00 o valor do ágio acima referido, totalizado sua participação em R\$69.409.350,00 (fl. 197); e

8) Mann Hummel Ibérica SA e a Mann Hummel Beteiligungsund Verwaltungsgesellschaft MBH voltam a ser sócias quotista da Mann Hummel Brasil, cujo patrimônio é aumentado em valor equivalente ao ágio líquido advindo da incorporação da MSJ.

Observa-se que as operações foram realizadas sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.833, de 2002 (que foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005). Contudo, conforme item 8 do voto, são eventos que **não tem nenhuma repercussão** na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Vale resumir a reorganização societária engendrada, adotando, para fins didáticos, as seguintes denominações: MANN HUMMEL EXTERIOR (para as empresas Mann Hummel Ibérica e Mann Hummel Beteiligungsund Verwaltungsgesellschaft MBH), MANN HUMMEL BRASIL (para a Contribuinte), e MSJ (para MSJ Comercial Ltda):

1º) MANN HUMMEL EXTERIOR controla a MANN HUMMEL BRASIL;

2º) as ações da MANN HUMMEL BRASIL foram reavaliadas, consumando-se a criação do ágio, e ao mesmo tempo a MANN HUMMEL EXTERIOR passa a controlar a recém criada MSJ mediante conferência de ações que detinha na MANN HUMMEL BRASIL;

3º) a estrutura societária passou a ser a seguinte: MANN HUMMEL EXTERIOR controladora direta da MSJ, MSJ controladora direta da MANN HUMMEL BRASIL. A MSJ contabilizou o investimento e o ágio (da reavaliação) que passou a deter na MANN HUMMEL BRASIL;

4º) a MANN HUMMEL BRASIL incorporou a MSJ, e passou a aproveitar a despesa de amortização do ágio, decorrente da reavaliação das suas próprias ações.

Nota-se que a **pessoa jurídica investidora** MANN HUMMEL EXTERIOR (empresas que detinham o investimento - empresa MANN HUMMEL BRASIL) integralizou o capital da MSJ, utilizando-se das ações por ela reavaliadas da MANN HUMMEL BRASIL (**pessoa jurídica investida**).

Em seguida, a MANN HUMMEL BRASIL incorpora a MSJ, e passa a amortizar o ágio decorrente da reavaliação das suas ações, ou seja, aproveita-se de uma despesa cuja origem foi a valorização das suas próprias ações.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 9 do voto).

A criação de empresa sem nenhuma substância, a MSJ (cuja integralização do capital social deu-se mediante as ações reavaliadas da MANN HUMMEL BRASIL), **não lhe confere a condição de pessoa jurídica investidora** (vide item 7 do voto). A empresa que promoveu a reavaliação do investimento, realizou os estudos para fundamentar economicamente a mais valia, tomou a decisão para efetuar a operação, foi a MANN HUMMEL EXTERIOR. Ou seja, a pessoa jurídica investidora é a MANN HUMMEL EXTERIOR, e não esteve envolvida no evento de incorporação, que ocorreu entre as empresas MANN HUMMEL BRASIL e MSJ.

Por consequência, a confusão patrimonial deu-se entre a MANN HUMMEL BRASIL e MSJ. Portanto, sob a perspectiva dos aspectos pessoal e material, não restou aperfeiçoada a hipótese de incidência prevista na norma.

Além disso, percebe-se claramente a **construção artificial** (vide item 6 do voto) empreendida pelo sujeito passivo para se enquadrar na hipótese de incidência permissiva do aproveitamento do ágio, mediante utilização de empresa sem substância (MSJ), em operações empreendidas em curto espaço de tempo, com o deliberado intuito de fabricar uma despesa.

O voto poderia ser concluído nesse ponto.

Mas outro aspecto merece relevo. Vale reproduzir excerto da decisão recorrida:

*Considerando que Mann Hummel Ibérica SA já era sócia de Mann Hummel Brasil - juntamente com Mann Hummel Beteiligungsund Verwaltungsgesellschaft MBH cuja participação permaneceu inalterada -, resta evidente que, ao final das operações, realizadas entre 15/12/2003 e 01/07/2004, não houve qualquer alteração no controle da Mann Hummel Brasil, mas ainda assim surgiu no patrimônio desta um ágio, motivo das amortizações aqui glosadas.*

*(...)*

*São estas operações internas ao grupo empresarial que fizeram surgir um item patrimonial na atuada, no suposto de rentabilidade futura, materializando alegados lucros sem a intervenção de terceiros para lhes dar substância. Decidiram os controladores do grupo afirmar que seu patrimônio representaria mais do que o escriturado em razão da expectativa de rentabilidade futura, e neste sentido constituíram uma empresa veículo para formalmente realizar a incorporação que, prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/97, permitir-lhes-ia defender a amortização fiscal daquela riqueza internamente gerada.*

*Alega a recorrente que a MSJ foi criada em razão de outros objetivos comerciais do grupo, os quais não se materializaram em razão de diversas justificativas econômicas e tributárias, ensejando sua extinção, convenientemente promovida mediante incorporação pela atuada, e não pela reversão dos atos promovidos para sua criação. Se não mais se justificava a existência da MSJ, bastaria promover a sua liquidação, com devolução do capital nela aportado aos sócios, de modo que a*

---

*Mann Hummel Brasil voltaria, da mesma forma, ao controle da Mann Hummel Ibérica.*

*Contudo, a confirmar o planejamento tributário almejado desde o início, o grupo empresarial optou por extinguir a MSJ mediante sua incorporação pela Mann Hummel Brasil. (...)*

Como se pode observar, resta nítida a **construção artificial** (vide item 6 do voto) empreendida pelo sujeito passivo para se enquadrar na hipótese de incidência permissiva do aproveitamento do ágio, mediante utilização de empresa sem substância (MSJ), em operações empreendidas em curto espaço de tempo, com o deliberado intuito de fabricar uma despesa.

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

Diante do exposto, deve ser mantida a decisão de turma *a quo*, ou seja, cabe a manutenção da glosa de despesa de amortização de ágio.

## 11. Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura - Redator Designado