



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

**Processo nº** 10845.722254/2011-65  
**Recurso nº** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** 9101-002.213 – 1ª Turma  
**Sessão de** 3 de fevereiro de 2016  
**Matéria** IRPJ-CSLL  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Livia De Carli Germano (Suplente Convocada), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, votando o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo pelas conclusões. Os Conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Cristiane Silva Costa e Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) apresentarão Declaração de Voto em relação ao conhecimento. Quanto ao mérito, por voto de qualidade, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Livia De Carli Germano (Suplente Convocada), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. Os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e André Mendes Moura apresentarão declaração de voto em relação ao mérito.

*(Assinado digitalmente)*

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

*(Assinado digitalmente)*

**MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Relator.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL

04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL

DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EDITADO EM: 03/03/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Maria Teresa Martínez López (Vice-Presidente), Marcos Aurélio Pereira Valadão, Cristiane Silva Costa, Adriana Gomes Rego, Luís Flávio Neto, André Mendes de Moura, Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada), Rafael Vidal De Araújo e Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado).

## Relatório

Por bem descrever os fatos, transcrevo a parte inicial da decisão recorrida:

*Trata-se de recurso voluntário interposto por COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA., contra acórdão proferido pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo-I, que concluiu pela procedência do lançamento de ofício efetuado, e cuja ementa transcreve-se, sic:*

**“INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO"”**

*Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu em lapso temporal próximo.*

**ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.**

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de atos insertos no ordenamento jurídico.*

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. JUROS DE MORA - TAXA SELIC. CABIMENTO.**

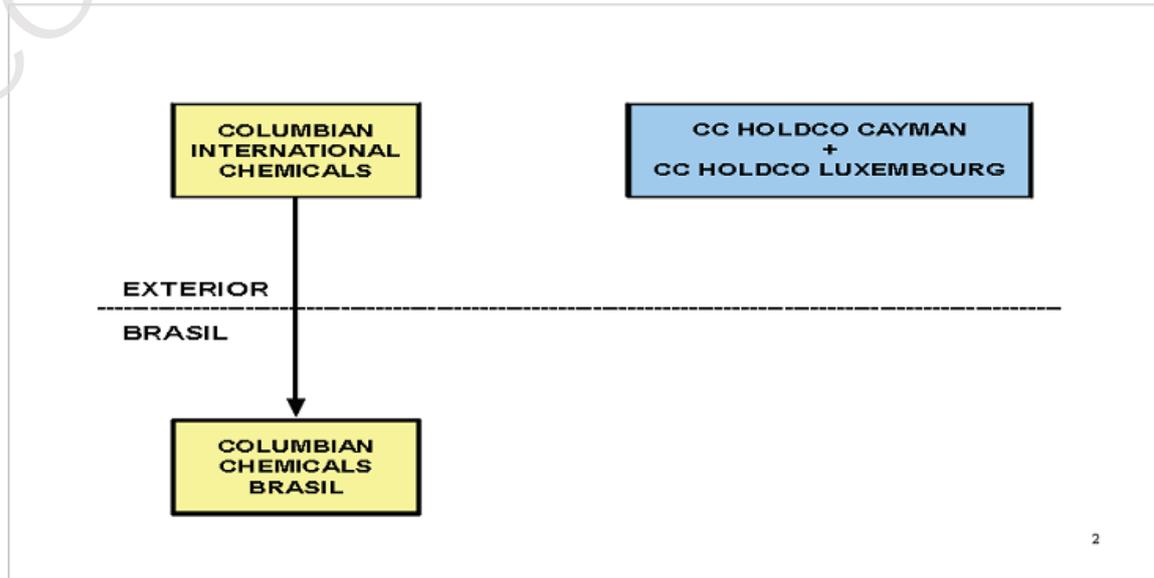
*São cabíveis, na forma dos autos, por expressa disposição legal, as exigências de multa de ofício e de juros de mora.”*

*O lançamento abrange o Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, relativos aos anos-calendário 2006 a 2010, perfazendo um crédito tributário total de R\$ 64.049.984,29, aí já incluídos*

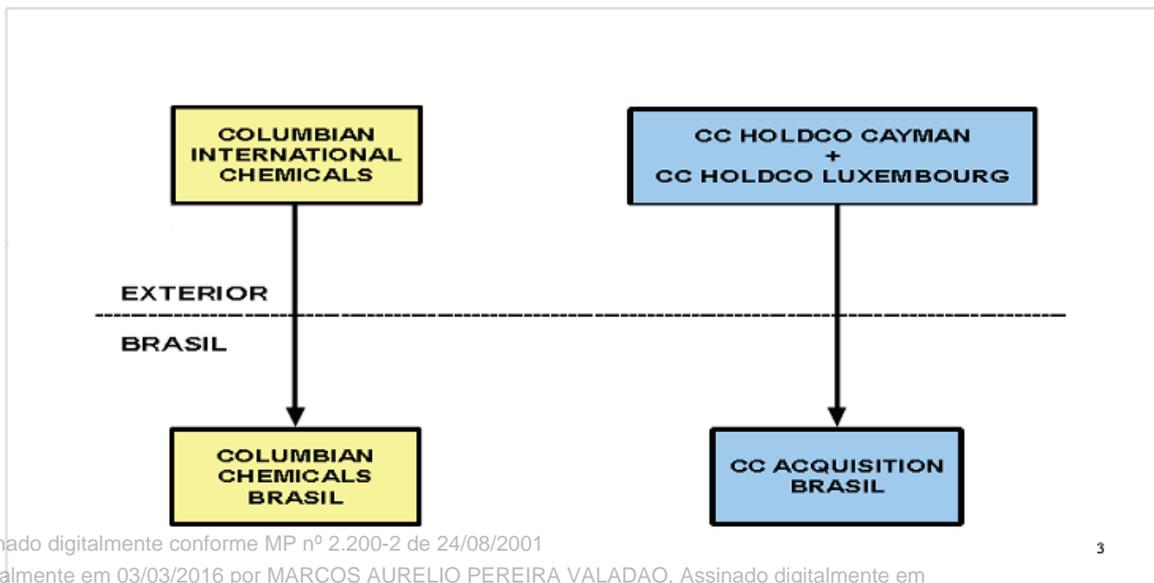
os juros de mora, calculados até 29.07.2011, e a multa de ofício de 150%.

Reproduzo, a seguir, trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 867 a 910, que contém uma síntese dos fatos que deram origem ao ágio, no caso concreto:

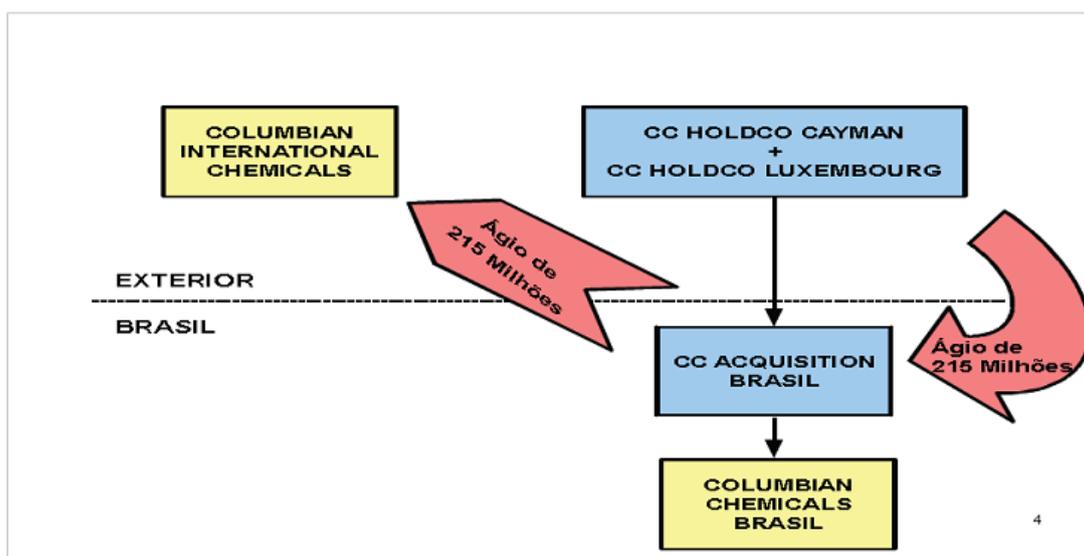
- A empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.



- Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).

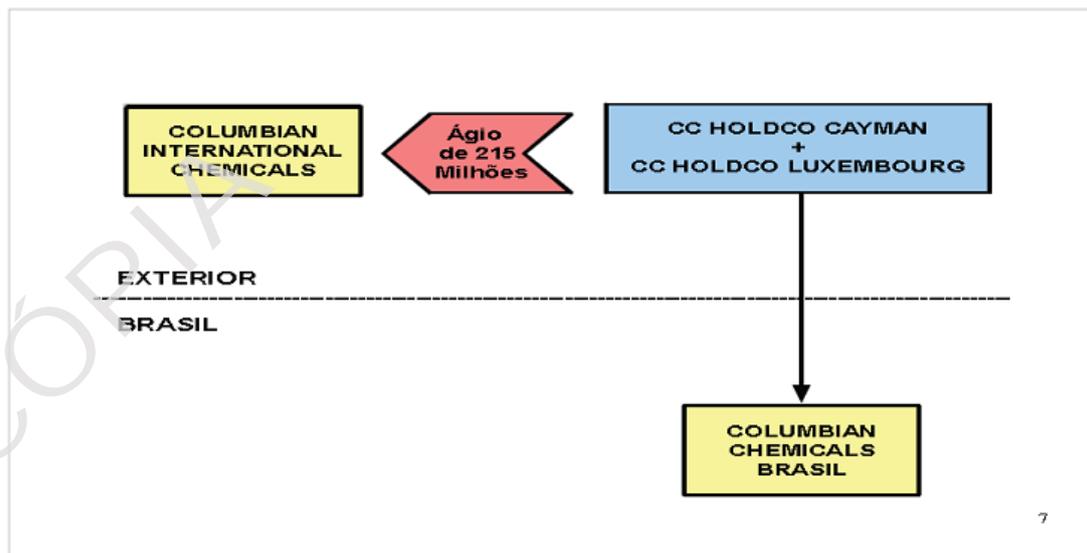


- Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., do ágio no valor de R\$ 215.159.478,40, referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.



- Em 14/07/2006, a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. é incorporada pela empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

De acordo com a autoridade fiscal, a real operação econômica ocorrida foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40, de acordo com a seguinte representação gráfica:



Assim, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros, conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.

Ao analisar os documentos apresentados pela fiscalizada durante o curso do procedimento de ofício, a fiscalização constatou algumas circunstâncias, as quais fez constar do seu relatório, e que busco abaixo sintetizar:

- Na data da aquisição da fiscalizada, o seu capital pertencia à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (899.385.036 quotas, ou 99,99% de participação societária) e a Roberto Cierro (14 quotas, ou 0,01% de participação societária);

- A COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, em 16/03/2006, transferiu a totalidade das suas quotas para a CC ACQUISITION CO. PARTICIPAÇÕES LTDA. [doravante CC ACQUISITION], a qual está localizada no mesmo endereço que a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. [doravante CCB, ou fiscalizada]. O administrador da CC ACQUISITION, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, é também diretor-presidente da CCB; já o sócio Roberto Cierro transferiu,

*nessa mesma data, a totalidade de suas quotas para CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L.;*

*- Quando da incorporação da CC ACQUISITION pela CCB, em 14/07/2006, o capital social da fiscalizada ficou assim distribuído: CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L. com 898.485.665 quotas, ou 99,90% de participação, e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, com 899.385 quotas, ou 0,10% de participação;*

*- A CC HOLDCO (CAYMAN) LTD tem como procurador o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, o qual é também administrador da CC ACQUISITION e diretor-presidente da CCB;*

*- A CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L. tem como procurador o Sr. Roberto Cierro, ex-sócio da CCB, que anteriormente transferira as suas quotas justamente para a CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L.;*

*- A CC ACQUISITION CO. PARTICIPAÇÕES LTDA., constituída em 06/02/2006, tinha o seu capital assim distribuído: CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L – 22.977 quotas – R\$ 22.977,00 – 99,90% de participação societária, e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD – 23 quotas – R\$ 23,00 – 0,10% de participação societária;*

*- No seu Contrato Social, os procuradores dos dois sócios são os mesmos, ou seja, os Srs. Carlos Flexa Ribeiro e Bernardo Medeiros Coelho da Rocha, sendo administrador da Sociedade o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto;*

*- A Sociedade “tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”;*

*- No Protocolo de Incorporação e Justificativa referente à incorporação da CC ACQUISITION pela CCB, em que as empresas declinam as razões “de ordem administrativa, econômica e financeira” que justificam a operação, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto assina por ambas (pela primeira como Administrador, e pela segunda como Diretor Presidente);*

*- Na Ata da Reunião de Sócios da CC ACQUISITION, realizada em 14/07/2006, em que foi aprovado o referido “Protocolo” e deliberada a extinção da Sociedade devido à sua incorporação pela CCB, o procurador dos seus dois sócios é o administrador da incorporada, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto;*

*- Na Ata da reunião Mensal da Gerência da CCB, realizada em 28/07/2006, consta ter sido deliberado que a amortização do ágio “registrado contabilmente por ocasião da incorporação da CC Acquisition Brasil Ltda., será de 1/60 avos ou 5 anos com base na rentabilidade futura projetada para a CCB”.*

*Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02, informou a fiscalizada que o valor do ágio pago na aquisição da CCB pela CC ACQUISITION, no valor de R\$ 215.159.478,41, quando da posterior incorporação desta por aquela, foi alocado contabilmente em mais valia dos bens do ativo imobilizado, no montante de R\$ 172.211.739,32, e em rentabilidade futura, no montante de R\$ 42.947.739,09.*

*A fiscalização não aceitou a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio registradas contabilmente pela fiscalizada, entendendo que as mesmas deveriam ter sido objeto de adição ao lucro líquido para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

*No que tange à depreciação dos bens do imobilizado onde foi apropriada uma parcela do ágio proveniente da aquisição da CCB pela CC ACQUISITION, o contribuinte apresentou uma planilha (arquivo digital denominado “Relação Bens Imb Ágio”) na qual informou o valor residual dos bens antes da apropriação do ágio e o valor total dos bens após a apropriação do ágio, sendo que a diferença corresponde justamente ao valor do ágio apropriado para cada bem. Informou também o percentual mensal de depreciação e a vida útil restante desses bens.*

*A partir desses dados, a fiscalização calculou, do valor total da depreciação mensal dos bens, qual a parcela que se referia à depreciação sobre o ágio apropriado e que, portanto, deveria ter sido objeto de adição ao lucro líquido para o cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo de se observar que chegou, por meio desses cálculos, a valores distintos daqueles que a própria fiscalizada entende corresponderem à parcela do ágio apropriado.*

*A fiscalização intimou a recorrente a explicar essas divergências. Em resposta, informou o contribuinte que as divergências representam “tão somente a diferença nos conceitos de apresentação do ágio”, e apresentou um exemplo numérico para um bem hipotético, o qual foi transcrito para o Termo de Verificação Fiscal, e que abaixo se transcreve, dado o seu caráter elucidativo:*

Antes do Ágio	Unidades Monetárias (U.M.)		
Valor corrigido	80		
Depreciação acumulada	-20		
Valor Residual	60		
Depreciação Período	8		
Após o Ágio	Unidades Monetárias (U.M.)		
Valor antes Ágio	60		
Ágio	40		
Valor após Ágio	100		
Depreciação Período	10		
Comparação entre os métodos	CCB	RFB	Diferença
Depreciação do Bem	8	6	-2
Depreciação do Ágio	2	4	2
<b>Depreciação Total</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>0</b>

No tópico do relatório fiscal intitulado “Indedutibilidade do ágio”, a fiscalização expõe, com maior detalhe e profundidade, os motivos para a não aceitação da redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme os diversos subtópicos do relatório: falta de propósito negocial, uso de operações estruturadas em sequência, incorporação às avessas, inexistência operacional e administrativa da empresa “veículo”, sua curta existência formal, sua utilização para fins exclusivamente tributários, o fato de que a empresa veículo (compradora) e a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (empresa vendedora) passaram a pertencer, em 16/03/2006, ao mesmo grupo econômico, o fato de que o Laudo de Avaliação a valor de mercado da CCB foi realizado por empresa do grupo econômico adquirente, e não por empresa especializada e independente das partes.

Para comprovar que compradora e vendedora passaram a integrar um mesmo grupo econômico, a fiscalização apresentou organogramas simplificados que demonstram que, no período anterior ao dia 16/03/2006, a CC ACQUISITION (compradora) tinha como controladores indiretos a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO, enquanto que a CCB (fiscalizada) possuía como controlador indireto a PHELPS DODGE CORPORATION (esta possuía o controle de 100% da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, que, por sua vez, possuía o controle de 100% da COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, que, por sua vez, possuía o controle de 100% da CCB)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL

DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*Na primeira, o grupo econômico liderado pela PHELPS DODGE CORPORATION, de acordo com informações do “site” da Securities And Exchange Commission, vendeu, para a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO, a COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias (o que inclui, portanto, a CCB). Esta informação também é confirmada no “site” da ONE EQUITY PARTNERS. Portanto, no dia 16/03/2006, a vendedora (a controladora da CCB) passou a pertencer aos mesmos controladores aos quais já pertencia a empresa veículo compradora (CC ACQUISITION), ou seja, a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO.*

*Na segunda operação realizada em 16/03/2006, tem-se a venda da CCB para a CC ACQUISITION, ou seja, uma venda realizada entre partes (compradora e vendedora) pertencentes a um mesmo grupo econômico.*

*A fiscalização aplicou a multa qualificada (150%) às infrações, por entender que o contribuinte agiu dolosamente, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à reestruturação societária promovida e à dedutibilidade das despesas de amortização e depreciação do ágio, buscando induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nas circunstâncias em que ocorrida, é inoponível à Fazenda.*

*Cientificada do feito em 05/08/2011, apresentou o contribuinte, em 05/09/2011, sua impugnação, de fls. 952 a 1026, arguindo, em síntese, o seguinte:*

*Os créditos tributários lançados, decorrentes de operações ocorridas anteriormente a 05/08/2006, tendo em vista a ciência dos lançamentos em 05/08/2011, estão fulminados pela decadência, em razão do disposto no art. 150, § 4º, do CTN.*

*O prazo decadencial para as autoridades fiscais contestarem operações envolvendo a geração do ágio deve ser contado a partir da data da incorporação da Adquirida pela Adquirente (geração da perda). Este entendimento está fundamentado em quatro distintas premissas, a saber:*

*Primeira premissa: o lançamento fiscal que será homologado pelas autoridades fiscais ocorre no momento em que a perda é gerada (incorporação da Adquirida pela Adquirente). A legislação anterior à Lei nº 9.532/97 determinava que a amortização do ágio deveria ser integralmente tomada na data da incorporação, que é o momento em que a perda é gerada. A Lei nº 9.532/97 apenas estabeleceu um prazo para o diferimento dessa perda — que continua a ser gerada na incorporação —, como forma de evitar uma diminuição drástica na arrecadação fiscal das empresas nessas situações.*

*Segunda premissa: não existe norma específica que autorize as autoridades fiscais a contestarem ágios gerados há mais de cinco anos. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com os*

*prejuízos fiscais, onde há legislação que condiciona o seu aproveitamento fiscal à manutenção dos livros e documentos comprobatórios do seu montante, no caso da amortização fiscal do ágio, inexistente dispositivo semelhante.*

*Terceira premissa: uma autuação fiscal que pretenda contestar operações ocorridas há mais de cinco anos ofende ao princípio da segurança jurídica, abrindo precedente perigosíssimo para a estabilidade das relações jurídicas e sociais.*

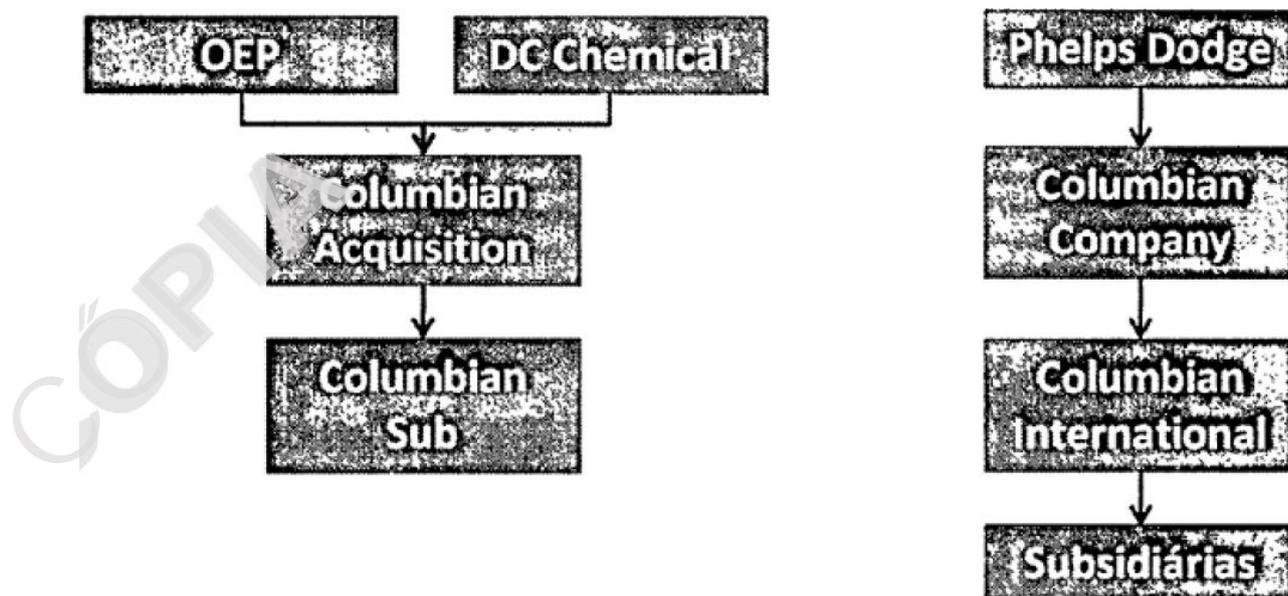
*Quarta premissa: no momento em que ocorre a efetiva amortização fiscal do ágio, as autoridades fiscais podem apenas contestar aspectos formais relacionados à sua dedutibilidade, tais como a observância do limite de 1/60 avos. Ou seja, a análise é da dedutibilidade em si, e não dos negócios jurídicos que deram origem ao crédito fiscal no passado.*

*Portanto, todos os questionamentos feitos pela fiscalização relativos à dedutibilidade da amortização do ágio encontram-se fulminados pela decadência, visto que os valores foram gerados em 14/07/2006 (momento da incorporação).*

*Historiando os fatos, esclarece a recorrente que, no final de 2005, com o objetivo de investir no mercado de “negro de fumo” (produto utilizado na fabricação de pneus, artefatos de borracha, plásticos e tintas), a One Equity Partners (“OEP”) – empresa de investimentos do Grupo JP Morgan – juntamente com o Grupo DC Chemical (“DC Chemical”), decidiram adquirir a Columbian Chemicals do Grupo Phelps Dodge.*

*Com esse propósito, a OEP e a DC Chemical constituíram duas sociedades distintas: (i) Columbian Chemicals Acquisition LLC (“Columbian Acquisition”); e (ii) Columbian Chemicals Merger Sub, Inc. (“Columbian Sub”). Essas empresas foram utilizadas para centralizar os investimentos a serem adquiridos pela OEP e pela DC Chemical nas diversas subsidiárias da Columbian Chemicals ao redor do mundo.*

*A estrutura societária anteriormente à venda foi assim representada pela recorrente:*



*O processo de aquisição do Grupo Colombian Chemicals pela OEP e pela DC Chemical se deu em três etapas distintas:*

*Na primeira etapa, em 15.11.2005, a Colombian Acquisition e a Colombian Sub assinaram um contrato denominado “Master Agreement and Plan of Merger” com a Phelps Dodge Corporation e a Colombian Company (docs. nº 7 e 8 da impugnação), por meio do qual foram tão somente estabelecidas as diretrizes para a efetiva operacionalização da aquisição.*

*Na segunda etapa, o Grupo OEP/DC Chemical constituiu sociedades específicas em cada uma das jurisdições em que a Colombian Chemicals atuava, transferiu recursos a título de aumento de capital e de mútuo para cada uma dessas sociedades constituídas (dependendo dos índices de liquidez e da necessidade de financiamento em cada uma), e as utilizou para a aquisição das subsidiárias da Colombian Chemicals.*

*Na terceira etapa, a empresa Colombian Sub (detida pela OEP/DC Chemical) foi incorporada pela Colombian Company (empresa então detida pela Phelps Dodge), e, na mesma operação, a Colombian Acquisition pagou o preço de aquisição de USD 184.610.000,00 para que as ações detidas pelo Grupo Phelps Dodge fossem canceladas.*

*Esse processo foi uniformemente adotado em cada uma das jurisdições nas quais a Colombian Chemicals atuava, além do Brasil (Itália, Hungria e Canadá). Não se trata, portanto, de operação delineada para o aproveitamento de benefícios fiscais no Brasil, mas sim de estratégia da OEP e DC Chemical para tratar cada uma de suas subsidiárias de forma independente, com a estrutura de capital que fosse mais adequada, estratégia esta que possibilita o registro integral da participação no Banco Central de cada uma das jurisdições, bem como a transferência da dívida utilizada para a aquisição da Colombian Chemicals*

*para cada uma das unidades locais, a fim de que seja amortizada pela própria entidade operacional.*

*A estrutura utilizada permite ainda o livre retorno do capital aplicado em determinado país, a melhor organização dos negócios do investidor estrangeiro, e a alocação, de forma justa, da tributação do ganho de capital auferido em cada uma das jurisdições.*

*Tampouco se trata, no caso, de operação realizada dentro do mesmo grupo econômico, mas sim de uma transação de aquisição efetiva, realizada entre partes independentes e não relacionadas.*

*A independência entre a Columbian Brasil e a CC Participações pode ser demonstrada pelos seguintes documentos anexos à impugnação: Master Agreement, Organograma da Columbian Brasil antes da aquisição, Relatório do CADE aprovando a transação, Demonstrações Financeiras da Phelps Dodge, Informações divulgadas pela OEP, Obtenção dos recursos para a aquisição da Columbian Chemicals e todas as suas subsidiárias (vendidas pelo Grupo Phelps Dodge para o Grupo OEP/DC Chemical) através de empréstimo concedido por diversas instituições financeiras internacionais.*

*Além disto, a aquisição da Columbian Brasil ocorreu com o pagamento em dinheiro, a partir do Brasil, com o reconhecimento do ganho de capital e conseqüente recolhimento do IRF e da CPMF. A operação foi legitimamente efetuada a partir do Brasil, e os tributos respectivos foram pagos às autoridades fiscais brasileiras.*

*Após detalhada exposição das suas razões de direito, reforçadas com citações de doutrina e jurisprudência, sumariza a recorrente em uma tabela, abaixo reproduzida, os principais argumentos utilizados pelas Autoridades Fiscais para sustentar o lançamento, bem como as razões pelas quais estes argumentos não devem prosperar:*

<b>Argumento das Autoridades Fiscais</b>	<b>Equívoco cometido pela D. Fiscalização</b>
<b>Argumento 1:</b> A compra e venda das ações da Columbian Brasil foi realizada entre empresas do mesmo Grupo Econômico	A operação foi realizada entre partes independentes, com o financiamento por instituições financeiras internacionais, sem que se possa falar em ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico. Por essa razão, o ágio é válido e deveria ter sido registrado pela CC Participações quando da aquisição das quotas da Columbian Brasil.

<u>Argumento 2:</u> A operação não possui efetivos propósitos negociais, tendo sido realizada com o objetivo exclusivo de aproveitamento fiscal do ágio e com a utilização de empresa veículo (CC Participações)	A operação possui propósitos econômicos e negociais efetivos. Isso porque: (i) a estrutura de aquisição a partir de cada uma das jurisdições faz parte da política de investimentos do Grupo adquirente, permitindo o tratamento individualizado das subsidiárias e a potencialização dos lucros auferidos com o investimento; (ii) a estrutura permite que o investidor estrangeiro registre a integralidade do investimento no Banco Central de cada uma das jurisdições; e (iii) a única forma de transferência da dívida utilizada para aquisição da Columbian Chemicals para cada uma das unidades locais é a partir da constituição de empresas específicas em cada uma das jurisdições e posterior incorporação.
<u>Argumento 3:</u> O investimento na CC Participações não podia ser qualificado como "capital estrangeiro" ou "investimento direto"	O investimento na CC Participações consistia em efetivo investimento estrangeiro direto, que era registrado e fiscalizado pelo Banco Central. As DD. Autoridades Fiscais não possuem competência para afirmar que o investimento efetuado pela Requerente não possui a natureza de investimento direto.
<u>Argumento 4:</u> A operação de incorporação às avessas não gera o direito à amortização fiscal do ágio	A legislação, doutrina e jurisprudência são unânimes ao afirmar que é permitida a amortização de ágio nas situações em que a Adquirida incorpora a Adquirente.
<u>Argumento 5:</u> O laudo de avaliação não é válido, uma vez que foi elaborado pela própria OEP	O laudo elaborado é válido, uma vez que: (i) a legislação fiscal exige apenas que o ágio seja fundamentado em demonstrativos; (ii) O laudo elaborado pela OEP foi efetuado com critérios técnicos, por pessoas especializadas e com metodologia consistente; (iii) os laudos posteriormente elaborados no Brasil apenas ratificaram o laudo elaborado pela OEP, segregando o valor do ágio entre mais-valia de ativos (ou menos-valia, quando aplicável) e expectativa de rentabilidade futura; e (iv) O procedimento adotado, além de estar de acordo com as melhores práticas contábeis, beneficiou os cofres públicos.

*A seguir, esclarece a recorrente que o procedimento por ela adotado para o cálculo e amortização do ágio fundamentado na mais-valia de ativos (ou menos-valia, conforme o caso) observou estritamente o disposto no inciso I e § 1º do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, que estabelecem que o valor do ágio deve integrar o custo do bem ou direito, para efeito de apuração do ganho ou perda de capital, bem como de depreciação, amortização ou exaustão.*

*E observa que o cálculo feito pela fiscalização, que apresentou apenas o que seria a depreciação do ágio relativo à mais-valia dos ativos, é parcial, pois não levou em consideração o valor original dos ativos. O cálculo fiscal, portanto, deve ser desconsiderado, já que é contrário à legislação. Além disto, a fiscalização não explicou qual o critério adotado para chegar às diferenças que encontrou, alegando apenas que utilizou taxas diferentes de depreciação.*

*Ad argumentandum, se a operação realizada fosse invalidada e a amortização do ágio fosse considerada indevida, então todos os reflexos tributários decorrentes da transação deveriam ser anulados, ou seja, o IRE e a CPMF efetivamente pagos na*

*operação (Docs. nº 23 e 24 da impugnação) deveriam ser restituídos ao contribuinte, ou então descontados do valor do crédito tributário aqui exigido, devidamente atualizados pela taxa SELIC.*

*Ad argumentandum, ainda que fosse admitida a exigência do principal, não poderia ser aplicada a multa majorada de 150%, pois, conforme restou demonstrado, não ocorreu simulação, abuso de direito ou qualquer tipo de fraude neste caso. Todos os negócios celebrados conferiram e transferiram direitos para os seus verdadeiros titulares, os negócios contêm apenas declarações, condições e cláusulas verdadeiras, e nenhum documento foi antedatado ou pós-datado. Todos os institutos jurídicos utilizados foram lícitos e não ocorreu qualquer ato contrário à legislação, não havendo nenhuma falsificação de documentos ou omissão de informações.*

*Ad argumentandum, ainda que fosse o caso de simulação, seria inaplicável a multa agravada, pois as operações foram executadas às claras e devidamente contabilizadas pelas empresas envolvidas, não se verificando, portanto, qualquer tentativa de ocultar a ocorrência do fato gerador. Ademais, as operações praticadas pela recorrente foram efetuadas antes de qualquer incidência tributária.*

*Em razão do exposto, não há que se falar em intuito de fraude, de sorte que, se alguma multa fosse devida, seria a de 75%, em face de mera divergência na interpretação de normas tributárias.*

*Além disto, a multa aplicada é desproporcional e confiscatória.*

*Por fim, sustenta que os juros de mora não devem incidir sobre o valor das multas aplicadas de ofício, e que a taxa SELIC é inaplicável para fins tributários, devendo ser desconsiderada no cômputo do crédito tributário.*

*Protesta pela posterior juntada de documentos até a prolação da decisão pelas autoridades julgadoras, e informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.*

*A 2ª Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo-I, ao apreciar a lide, rejeitou a preliminar de decadência, e, no mérito, manteve integralmente o lançamento efetuado e seus consectários legais, inclusive a multa qualificada. Ademais, o colegiado a quo tampouco acatou o pleito da recorrente de dedução do IRF e da CPMF recolhidos no ano de 2006, ao fundamento de que o aproveitamento de qualquer pagamento a maior ou indevido deve obrigatoriamente obedecer aos trâmites previstos na Instrução Normativa RFB nº 900/2008, a qual disciplina a restituição e a compensação de tributos, não podendo tal pleito, portanto, ser objeto de análise nos presentes autos.*

*Cientificada desta decisão pessoalmente em 11.06.2012 (fls. 1735), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 12.06.2012*

(fls. 1737 a 1811), no qual reprisa integralmente os argumentos expostos por ocasião da inicial.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção integral do lançamento tributário, conforme efetuado e reconhecido pela autoridade julgadora a quo.

Em sede de argumentação subsidiária, três pontos das contrarrazões apresentadas pela Fazenda merecem destaque:

Caso se entenda que o ágio registrado pelo contribuinte é legítimo e legal, a parcela que foi amortizada nos termos do inciso III do artigo 386 do RIR/99 (com supedâneo na rentabilidade futura da participação societária adquirida) não pode ter a sua dedutibilidade reconhecida, por inobservância dos requisitos legais. Tendo em vista que o documento trazido pelo contribuinte (suposto laudo econômico que, segundo ele, atestaria o fundamento econômico do ágio amortizado) se encontra em língua estrangeira, não há como aferir nada do seu conteúdo, sequer se ele se refere à operação que deu ensejo ao ágio discutido.

Caso se entenda que o recolhimento do IRRF sobre o ganho de capital seja motivo suficiente ao reconhecimento da legitimidade do ágio amortizado e depreciado, o eventual reconhecimento dessa legitimidade deve ser proporcional à base de cálculo do IRRF recolhido. Com base no valor recolhido pela empresa CC PARTICIPAÇÕES quando do envio de recursos à empresa COLUMBIAN CORPORATION (R\$ 12.039.107,21), vê-se que o valor do ágio (ganho de capital) supostamente enviado ao exterior foi de apenas R\$ 80.260.714,73 (considerando-se a alíquota de 15%). Contudo, o valor do ágio registrado pelo contribuinte é de R\$ 215.159.478,40, o que deveria proporcionar um IRRF a ser recolhido de R\$ 32.273.921,76.

Portanto, o recolhimento do IRRF feito não pode servir como fundamento de validade do ágio registrado, mas, se o CARF eventualmente reconhecer essa relação de validade, deve limitar o montante do ágio a ser reconhecido ao valor do ganho de capital que serviu de base de cálculo do IRRF recolhido, ou seja, R\$ 80.260.714,73.

Por fim, caso se entenda que a despesa com amortização do ágio registrado pelo contribuinte seja dedutível, o efeito fiscal se dá apenas na apuração do lucro real, não havendo que se falar na dedutibilidade dessa despesa na apuração da base de cálculo da CSLL, por inexistência de expressa autorização legal para tanto.

O Colegiado proferiu acórdão de n. 1102-000875, em 12 de junho de 2013, cuja ementa transcrevo:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

**Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010**

**DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.**

*É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.*

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO.**

*O ágio efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e fundamentado na rentabilidade futura da coligada ou controlada, ou na mais valia de bens do seu ativo, é passível de amortização, nos prazos e condições estabelecidos em lei. A forma adotada para a aquisição da participação societária, por intermédio de sociedade criada especificamente para este fim (empresa “veículo”), quando orientada por legítimos propósitos negociais, não pode ser desconsiderada pelo fisco. A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, que determine a extinção da participação societária anteriormente adquirida com ágio, a amortização desse ágio deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, e produz efeitos fiscais.*

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

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010*

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE. CSLL.**

*Não há previsão em lei para a adição ao lucro líquido das despesas com a amortização do ágio que, corretamente registradas na escrita comercial, afetam o valor do resultado do exercício, ponto de partida para o cálculo da contribuição social sobre o lucro.*

A Fazenda Nacional embargou o Acórdão acima, tendo sido os respectivos embargos inadmitidos, conforme Despacho de fls. 1693-1694.

Na sequência a Fazenda Nacional apresentou recurso especial, alegando divergência jurisprudencial relativamente ao fato de que o ágio deduzido pelo sujeito passivo é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência de confusão patrimonial entre as reais investidoras (CC HOLDCO CAYMAN e CC HOLDCO LUXEMBURGO) e a investida (COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, sujeito passivo), e pedindo que seja “restabelecido integralmente o lançamento tributário realizado”

**O recurso foi admitido pelo presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF.**

Devidamente cientificado, o sujeito passivo apresentou contrarrazões, pugnano, preliminarmente, pelo não cabimento do recurso especial da Fazenda Nacional, pela ausência de divergência entre o acórdão paradigma apontado e a decisão recorrida e, no mérito, pela negativa de provimento do recurso especial, com a consequente manutenção da decisão recorrida e o cancelamento do lançamento de que trata o presente processo.

É o Relatório.

### **Voto**

Conselheiro MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

O recurso é tempestivo, e como atende aos demais requisitos de admissibilidade deve ser conhecido.

Com relação à preliminar arguida pela contra-arrazoante, de não cabimento do recurso especial da Fazenda Nacional, pela suposta ausência de divergência entre o acórdão paradigma apontado e a decisão recorrida, não a acolho, pelos motivos abaixo.

Embora haja, de fato, ligeira diferença fática entre os dois acórdãos — o acórdão paradigma apontado pela Fazenda Nacional se refere a transferência de ágio para empresa “veículo”, posteriormente incorporada pela investida, e o acórdão em análise se reporta a transferência de recursos para empresa “veículo”, também posteriormente incorporada pela investida —, tal distinção não é de molde a invalidar a ocorrência de divergência jurisprudencial entre os arestos.

A questão remete ao emprego de empresa “veículo” para, por meio dela, criar-se ágio pretensamente passível de amortização. Assim, em ambos os casos, houve pagamento com recursos oriundos do exterior — seja diretamente pela sociedade estrangeira, seja indiretamente, pela empresa “veículo” — para aquisição de ações de sociedade brasileira, visando à criação de ágio no País, situação, essa, que foi decidida de modo diverso nos dois julgados, ora admitindo (acórdão recorrido), ora rejeitando (acórdão paradigma) dita operação, pois considera-se diversamente o efeito e a extensão da confusão patrimonial exigida na legislação de regência para efeito de dedutibilidade do ágio. Como é sustentado no recurso especial (fl. E-1980):

Dessa forma, o ponto fucral da divergência reside justamente quanto à confusão patrimonial. Pois, enquanto a decisão *recorrida* entendeu que tal confusão patrimonial não é necessária quando a utilização de empresa veículo apresenta propósito negocial, o paradigma, diversamente, entendeu que esse requisito é inafastável, independentemente da análise do propósito.

Comprovou-se, portanto, a divergência pela aplicação da mesma legislação a fatos semelhantes, com resultados divergentes, no que diz respeito ao aproveitamento do ágio.

Passo ao mérito.

Sopesados os argumentos da recorrente, os argumentos contidos no ac. recorrido e nas contrarrazões, em relação ao mérito, no que diz respeito aproveitamento do ágio, entendo não ter razão o contribuinte, devendo ser provido o recurso fazendário.

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.A.R.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

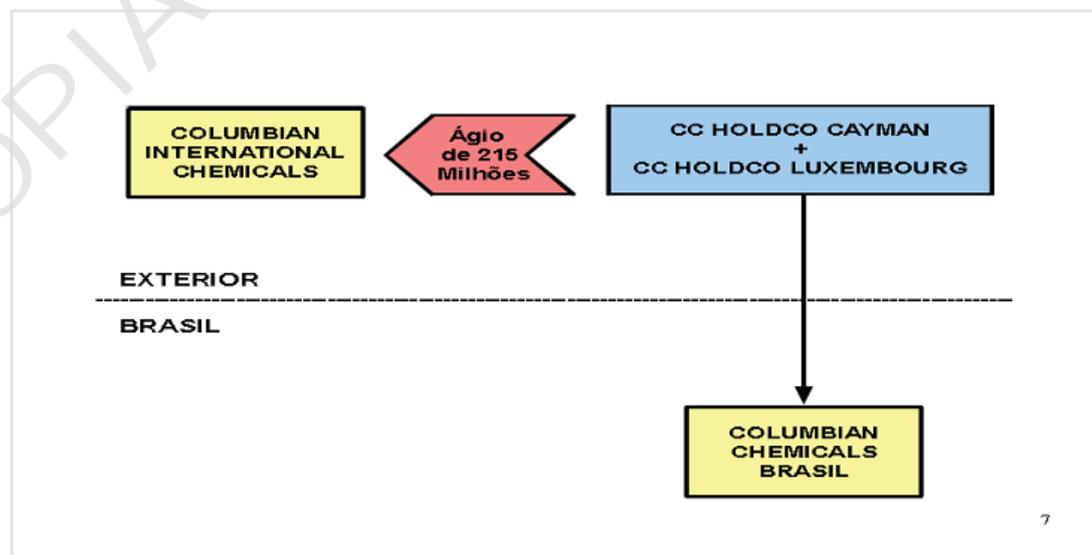
Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior — e não do País —, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso. O que não ocorreu no presente caso, já que o adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG) a adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL) continuam entidades absolutamente distintas após as operações societárias objeto de discussão, mormente em virtude de que os recursos da aquisição apenas transitam pela economia brasileira, sendo originados no exterior e em sequência retornados ao exterior.

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “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”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997). Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recurso para cá enviados pro ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

Destaca-se, ainda, em reforço ao que se disse, que, antes mesmo da aquisição da recorrente pela CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., já, esta, se localizava no mesmo endereço daquela, e possuíam, ambas, o mesmo administrador.

Além disso, ao fim e ao cabo de todas as operações efetuadas, tornou-se a recorrente diretamente controlada pelas sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG S.ÀR.L + CC HOLDCO LTD CAYMAN), às quais, justamente, haviam desembolsado os recursos que propiciaram a sua aquisição, como segue:



Como bem ressaltado no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 867 a 910:

*Assim, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros, conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.*

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“*tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS*”

*BRASIL LTDA.*”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.

Do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

*(Assinado digitalmente)*

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO – Relator

*(Seguem adiante apenas as declarações de voto encaminhadas ao Relator nos termos regimentais).*

## **Declaração de Voto**

### **Declaração de Voto - Conhecimento**

#### **Conselheiro Rafael Vidal de Araujo**

Iniciado o julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, em insurgência contra o Acórdão nº 1102-000.875, pedi vista dos autos para melhor analisar a alegação preliminar, apresentada pela recorrida, de que o recurso não pode ser conhecido em razão de não ter sido comprovada a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão indicado como paradigma e a decisão recorrida.

Assim foi ementado o acórdão recorrido, na parte que interessa à discussão:

(...)

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

**Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010**

*O ágio efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e fundamentado na rentabilidade futura da coligada ou controlada, ou na mais valia de bens do seu ativo, é passível de amortização, nos prazos e condições estabelecidos em lei. A forma adotada para a aquisição da participação societária, por intermédio de sociedade criada especificamente para este fim (empresa "veículo"), quando orientada por legítimos propósitos negociais, não pode ser desconsiderada pelo fisco. A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, que determine a extinção da participação societária anteriormente adquirida com ágio, a amortização desse ágio deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, e produz efeitos fiscais.*

(...) (Grifou-se)

Insatisfeita com a decisão, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial de onde se extraem os seguintes trechos, que bem resumem o teor da irresignação:

*"Segundo a autuação, o uso da empresa veículo, CC ACQUISITION BRASIL, teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a conseqüente amortização pela própria empresa adquirida, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.*

*Contudo, diversamente da fiscalização, entendeu a Eg. 2ª Turma que a operação, na forma em que praticada, visou a legítimos interesses empresariais, e não apenas a finalidades exclusivamente tributárias, e em razão disto, concluiu que o ágio pago na operação, conduzida entre partes independentes, é legítimo, e que a sua posterior amortização, no caso concreto, é mera consequência do ato de incorporação da CC ACQUISITION BRASIL pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, ocorrida em 14/07/2006.*

*Importante ressaltar que, não obstante o entendimento desta Procuradoria quanto ao lançamento original, neste momento, não se está a discutir acerca da existência de legítimos interesses empresariais e propósito negocial das operações que deram origem ao ágio, uma vez que reconhecidos tais pressupostos no voto condutor do acórdão recorrido. O que ora se questiona, e é objeto da divergência, é a impossibilidade de amortização deste ágio gerado, em razão do propósito negocial vislumbrado pela Turma, apesar de não ter havido a confusão*

**patrimonial exigida pela legislação tributária entre a empresa investida e a real empresa investidora.**

O ágio deduzido pelo autuado é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pois decorre da participação de uma “empresa veículo”. Por razões essenciais, cumpre identificar a real adquirente da empresa autuada COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. Para tanto basta aferir a origem dos recursos utilizados, e sobre este ponto não há controvérsia.

(...)

Portanto, com base na origem dos recursos utilizados pela CC ACQUISITION BRASIL para aquisição da participação societária da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL é possível aferir a real adquirente dessa empresa: CC HOLDCO CAYMAN E CC HOLDCO LUXEMBOURG. Com supedâneo nesse importante aspecto, vê-se que tal empresa estrangeira fora a real responsável por sacrificar o seu patrimônio em troca da referida participação.

Tendo-se fixado a real adquirente da participação societária da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, constata-se que a incorporação da CC ACQUISITION BRASIL (“empresa veículo”) pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL (empresa investida) não torna o ágio passível de dedução, uma vez que a interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 somente autoriza a dedução do ágio quando ocorre a “confusão patrimonial” entre a investida e a sua real investidora.

Assim, não obstante o decidido no acórdão recorrido (possibilidade de amortização do ágio decorrente da incorporação da “empresa veículo” - CC ACQUISITION BRASIL pela investida - COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA), em sentido oposto, decidiu a 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, no emblemático “caso SANTANDER”, Acórdão nº 1101-000.961, diante de similitude fática, reconheceu que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, conforme ementa a seguir transcrita na íntegra:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a**

**amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.**

(...)

*Seguindo-se no cotejo da análise da divergência apresentada, o trecho do voto da Conselheira Relatora, que apesar de vencido, prevaleceu no ponto em vergasta, corrobora o ementado, reforçando a similitude fática com o acórdão recorrido:*

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

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

(...)

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

(grifos nossos)

***O entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma nº 1101-000.961, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, quando admite a amortização do ágio sem a “confusão patrimonial” necessária entre a empresa investida e a real investidora, baseado no propósito negocial exibido pela empresa veículo.***

***Dessa forma, o ponto fucral da divergência reside justamente quanto à confusão patrimonial. Pois, enquanto a decisão recorrida entendeu que tal confusão patrimonial não é necessária quando a utilização de empresa veículo apresenta propósito negocial, o paradigma, diversamente, entendeu que esse requisito é inafastável, independentemente da análise do propósito.***

***Segundo o acórdão paradigma, a utilização de empresa veículo, independente de seu propósito, somente permite a amortização do ágio, que passou a existir no patrimônio da investida, caso se verifique a sua extinção, ou da investidora (real), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97:***

(...)

***A autoridade lançadora demonstra no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 395/398, que o investimento inicial de R\$ 9,6 bilhões feito pelo Santander Hispano, para aquisição do Banespa, permaneceu sob sua titularidade indireta, ao final representado por investimento na controlada Banco Santander S/A, que posteriormente incorporou o Banespa.***

***Portanto, o requisito legal de extinção do investimento não se verificou, subsistindo ativas a investidora e a investida, e por consequência os valores representativos do ágio no patrimônio da sociedade espanhola.***

***Em tais condições, as amortizações promovidas pelas empresas brasileiras são indedutíveis porque não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento, que subsiste ativa. As operações societárias realizadas, visando internalizar o valor equivalente ao ágio pago pela empresa espanhola, e criar uma incorporação para supostamente atender ao requisito do art. 7º da Lei nº 9.532/97, revelam que a contribuinte buscou, apenas, uma vantagem tributária, sem alterar o controle societário da investida no Brasil.***

(...) (Grifos no original)

O recurso especial foi submetido a exame de admissibilidade, onde se concluiu pelo cumprimento dos requisitos estabelecidos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (equivalentes aos dispositivos com a mesma numeração no RICARF atualmente vigente, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015).

Cientificada acerca do recurso apresentado e do despacho que lhe deu seguimento, a recorrida apresentou contrarrazões em que argumenta, entre outras coisas, que teria sido inobservado requisito básico da espécie recursal, qual seja o apontamento de acórdão paradigma que tenha dado à lei tributária interpretação diversa daquela exposta pelo acórdão recorrido. Traz a peça da recorrida:

***"2. Nos termos do artigo 67, §§ 6º e 8º, do RICARF, o Recurso Especial somente será admitido e terá regular processamento na esfera administrativa se a parte recorrente demonstrar a existência de divergência de entendimento entre o Acórdão recorrido e o Acórdão indicado como paradigma. Contudo, não basta a mera indicação de questões potencialmente conflitantes,***

devendo a divergência jurisprudencial, de acordo com o parágrafo 8º do artigo 67 do RICARF, "ser demonstrada **analiticamente** com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de **pontos específicos** no acórdão recorrido".

3. No entanto, no caso em análise, a Recorrente **não** conseguiu demonstrar em seu Recurso Especial a suposta divergência existente entre o Acórdão nº 1102-000.875, que cancelou a exigência consubstanciada no Auto de Infração do qual decorre este processo administrativo, e o pretendido Acórdão paradigma nº 1101-000.962, proferido pela E. 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste E. CARF. **Não** foi tampouco feita qualquer comparação analítica e específica que pudesse indicar a suposta divergência.

4. Isso porque, como será analisado em maiores detalhes, enquanto o r. Acórdão recorrido tratou de reconhecer os legítimos interesse empresariais envolvidos na operação e, em razão disto, concluiu que o ágio pago na operação, conduzida entre partes independentes, é legítimo e amortizável para fins fiscais, o pretendido Acórdão paradigma colacionado pela Recorrente analisou a suposta falta de confusão patrimonial entre as empresas investidora e investida após a incorporação. Nos trechos colacionados pela Recorrente não se discutiu a validade do ágio ou o propósito negocial da operação, mas tão somente a possibilidade de sua amortização fiscal em caso em que não houve a extinção do investimento após a incorporação da investidora pela investida.

(...)

13. Diferentemente do que entendeu a D. Fiscalização, a decisão recorrida não entendeu que a confusão patrimonial não é necessária quando a utilização de empresa veículo apresente propósito negocial. Na verdade, ao se reconhecer a legitimidade da presente operação, também restou incontroversa a efetiva confusão patrimonial entre as empresas CC Participações (investidora) e Colombian Brasil (investida).

14. Em síntese, podemos concluir que durante toda a discussão travada nos presentes autos a D. Fiscalização atuou na tentativa descaracterizar a legitimidade da presente operação, no sentido de demonstrar que o ágio teria sido formado em transação entre partes relacionadas em sem qualquer propósito negocial. Em sede de Recurso Especial, todavia, traz fato que não guarda qualquer identidade com o presente caso, se valendo de argumentos novos e que não foram objeto de análise pelo E. CARF.

15. Com isso, resta demonstrada a falta de identidade fática entre o Acórdão paradigma e a r. decisão recorrida, fato que, por si só, justifica a inadmissibilidade do presente Recurso Especial.

(...)

16. Cabe notar que além das questões acima destacadas quanto à inobservância dos requisitos formais para apresentação do Recurso Especial pela Recorrente neste caso, merece igual destaque a indevida inovação do lançamento que o Recurso Especial pretende apresentar.

17. Isso porque nem o Auto de Infração lavrado em 2.8.2011, nem a r. decisão proferida em primeira instância administrativa, tampouco o Acórdão nº 1102-000.875, de 12.6.2013, tratam da suposta ausência de confusão patrimonial entre as empresas investidora e investida, **única razão** apresentada pela Recorrente para pleitear a reforma do r. Acórdão recorrido. No presente processo administrativo não foi colocada sob análise essa suposta ausência de confusão patrimonial, mas sim a legitimidade dos atos que levaram à formação do ágio.

(...)

21. Nota-se, portanto, que não há no presente caso discussão acerca da possibilidade de amortização do ágio, com base na suposta ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora após a incorporação. Isso ocorre justamente porque é absolutamente incontroverso o fato de que a sociedade holding constituída no Brasil foi a **efetiva investidora e a adquirente da participação societária** na empresa investida no Brasil, o que até então não havia sido questionado pela Recorrente.

22. Essa inovação ao lançamento original, que em respeito ao disposto no § 5º do artigo 67 do RICARF impossibilita o conhecimento do Recurso Especial interposto, fica ainda mais clara a partir da análise das razões recursais apresentadas pela Recorrente:

(...)

26. Assim, fica claro que o Recurso Especial apresentado pela recorrente, com o devido respeito, contém vícios que acabaram levando o E. CARF a erro quando do exame de sua admissibilidade. De fato, ao apresentar a suposta divergência jurisprudencial no início de seu Recurso, a Recorrente alega que o presente caso supostamente versaria sobre a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio gerado em operação em que não teria havido a extinção do investimento após a incorporação, com a sua manutenção na empresa investidora, **fato que não guarda relação com o caso concreto e que não havia sido questionado em nenhum momento pela Recorrente, tanto que não foi objeto de análise pelo E. CARF.**

27. Dessa forma, fica claro que a recorrente se vale de alegações equivocadas e dissonantes de todas as provas contidas nos autos deste processo administrativo, visando exclusivamente justificar o cabimento de seu Recurso Especial que, contrariando o disposto no § 5º do artigo 67 do RICARF, busca inovar com pretensão de levar à apreciação desse E. CARF matéria não prequestionada. Não foi demonstrada, ademais, **(i) a indicação clara e precisa das divergências apontadas no Recurso Especial,**

*e (ii) a identidade fática entre os acórdãos paradigma e recorrido no tocante aos pontos recorridos, uma vez que a matéria de Direito tratada no Acórdão paradigma é estranha à discutida nestes autos." (Grifos no original)*

Têm-se assim bem representadas as principais alegações de cada uma das partes, que passo a apreciar na formação de minha convicção acerca da possibilidade ou não de conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional.

Inicialmente, esclareça-se que o § 5º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, que dispõe sobre a necessidade de prequestionamento acerca de matéria arguida em sede de recurso especial, aplica-se somente às hipóteses em que figura como recorrente o contribuinte, conforme a dicção do dispositivo:

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

(...)

*§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.*

(...) (Grifou-se)

Sendo assim, improcedente o argumento da recorrida de que a ausência de prequestionamento prejudicaria a admissibilidade do recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional. Essa diferenciação da necessidade de pré-questionamento dá-se em razão da própria natureza do processo administrativo fiscal; que, impulsionado pela acusação fiscal, é movido pelo sujeito passivo através da impugnação e do recurso voluntário, não havendo nestas fases, regra geral, manifestação da Fazenda Nacional, que só vem a ocorrer quando do recurso especial (excetuados os casos de embargos e contrarrazões ao r. voluntário, etc).

Realmente, o acórdão recorrido silencia quanto à confusão patrimonial. Ocorre que o silêncio do recorrido quanto à confusão patrimonial **não** é um silêncio **natural** ou originário (congenito, inato), e sim um silêncio **proposital** ou intencional (o que temos chamado nas sessões de silêncio eloquente).

Esse silêncio intencional/proposital é decorrente do fato de a decisão recorrida haver entendido que a ausência de confusão patrimonial era aceitável pela lei, ou ainda, que não haveria o desenquadramento da hipótese de incidência da norma que autoriza a amortização das despesas de ágio na situação em que não ocorre a confusão patrimonial. Aqui o fato de ignorar a questão é um atestado de que entendeu que não haveria nenhum óbice para a falta de confusão patrimonial, por isso que esse silêncio foi um silêncio que quis dizer algo, foi um silêncio que disse muito.

O que efetivamente se verifica é que, enquanto no acórdão recorrido a análise da questão da dedutibilidade sob a ótica da confusão patrimonial foi entendida como dispensável, calando-se a decisão sobre o assunto, no acórdão paradigma entendeu-se que tal aspecto era relevante o suficiente para a tomada da decisão, a ponto de ser apresentado como o

principal tema a ser dissecado. Em outras palavras, a decisão recorrida ignora o tema porque para ela a questão não era relevante. Assim, por representarem interpretações diferentes acerca da aplicação do art. 386 do RIR/1999, entendo que o confronto entre o acórdão recorrido e o acórdão apresentado como paradigma comprova a existência de divergência jurisprudencial.

Para a análise dos demais argumentos elencados nas contrarrazões da recorrida, analisem-se as seguintes passagens do Termo de Verificação Fiscal (TVF), que motivou a formação dos presentes autos:

*"Em resumo, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. Portanto, o ágio foi desembolsado no exterior, ou seja, ele deveria ter sido contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da veículo teve como único objetivo, como se viu, carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida. A essência da operação foi uma compra e venda de participação em empresa nacional entre não residentes. Tivesse o pagamento sido feito diretamente à vendedora, o ágio registrado na compradora não seria internalizado e, portanto, não haveria redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. A interposição da veículo não teve outro propósito que não reduzir tributos. O que se fez foi travestir uma operação de compra e venda entre não residentes como se fosse investimento direto e empréstimo.*

(...)

**3.2.9 Improcedência da motivação para constituição da empresa CC AQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA**

*O contribuinte foi intimado através do Termo de Intimação Fiscal nº 10 a explicar o porquê das sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD não terem adquirido diretamente a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, uma vez que, após a incorporação da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD passaram a deter diretamente 100% da participação da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.*

*Em resposta ao referido termo, o contribuinte informou que "se a referida alienação não fosse realizada com a participação da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, o investidor estrangeiro não teria como registrar integralmente os recursos financeiros investidos no Brasil (tanto em relação à parte da dívida como em relação à parte do capital), a fim de possibilitar a integral devolução (repatriação), em moeda estrangeira, desses recursos a tais sócios nas hipóteses prevista na legislação."*

*Como o contribuinte não apresentou base legal que subsidiasse a sua justificação, o mesmo foi intimado a apresentá-la através do Termo de Intimação Fiscal nº 11b. ...*

(...)

*Na realidade, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA através de recursos próprios, utilizando-se da sociedade CC ACQUISITION apenas como veículo de passagem desses recursos para a empresa COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (Delaware).*

*Os recursos financeiros apenas transitaram pelo território nacional, pois tiveram como origem e destino empresas no exterior, ou seja, como origem as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD e como destino a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (Delaware). Além disso, o trânsito dos recursos ocorreu em um só dia (16/03/2006).*

(...)

*Comentário: Como já relatado anteriormente, a operação ocorrida de fato foi a compra da empresa operacional COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, tendo como compradores as sociedades estrangeiras CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD e como vendedora a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION sediada no Estado de Delaware – Estados Unidos da América. Portanto, a aquisição das quotas integralizadas da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA pertenciam a NÃO-RESIDENTES (COLUMBIAN INTERNATIONAL), hipótese não contemplada no comando determinado pelo art. 5º acima. ...*

(...)

*Analisados os documentos referentes à operação de compra e venda da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA **realizada de fato entre sociedades localizadas no exterior**, serão expostos a seguir os motivos da não aceitação da diminuição do Lucro Líquido na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL devido à depreciação e amortização do ágio.*

(...)

*Está-se questionando a criação de uma empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, a aquisição de 99,99% das quotas da empresa operacional COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA pela empresa veículo com a criação de um ágio, e posteriormente a incorporação da empresa veículo pela empresa operacional apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia a vontade de neutralizar o*

*fim prático a que o negócio se destina: a redução de tributos através da dedução de encargos de depreciação e amortização de um ágio formalmente pago pela CC ACQUISITION, porém artificialmente internalizado, carreado do exterior, por meio de uma empresa veículo, para a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL.*

(...)

***No caso examinado, não há qualquer razão específica, a não ser o desejo de dedutibilidade das despesas de amortização e depreciação do ágio, para a ocorrência da incorporação às avessas.***

*Em etapa anterior à “incorporação às avessas”, a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL tornou-se controlada da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA (aquisição, com ágio, de 99,99% das quotas), deste fato resultando em uma situação inusitada: uma empresa de pequeno porte, que até então não havia realizado qualquer operação econômica, constituindo-se inicialmente com capital social de R\$ 23.000,00, aumentou o seu capital e fez investimento na COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL, a qual possuía na ocasião um capital social de R\$ 89.938.505,00 e obteve no ano-calendário 2005 uma Receita Bruta no valor de R\$ 546.775.543,80.*

(...)

***Empresa veículo é uma pessoa jurídica criada apenas para servir como um canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transitar um patrimônio ou um determinado recurso.***

*A CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA tinha sede no mesmo endereço da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA e, como se pode ver na DIPJ 2006, ano-calendário 2006, não possuía empregados. Essa situação pode ser constatada também em função do objeto social da mesma: ...por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. Além disso, pode-se verificar que o Administrador da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA era o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, também diretor-presidente da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.*

***No presente caso, a única função da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA no conjunto de operações realizadas foi servir de veículo para a criação do ágio carreado do exterior e posterior dedução dos encargos de depreciação e amortização do mesmo, e nada mais.***

*O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação na operação. Podem existir razões suficientes que levem à extinção imediata da pessoa jurídica ou mesmo à sua constituição de manhã e à sua extinção à tarde, por exemplo, caso algum fato externo venha a justificar tal operação. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Por que foi criada e extinta em tão pouco tempo? Por vezes, dentro de um planejamento, a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio ou recurso em trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio; feito isto, pode ser extinta.*

*Este foi exatamente o caso da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. Constituída em 06/02/2006, uma vez tendo cumprido o seu papel predeterminado no conjunto das operações que compõem a operação maior, foi extinta logo a seguir, em 14/07/2006, sem que nenhum fato externo tenha concorrido para este fim.*

(...)

#### **4.2 Conclusão**

*Em relação ao benefício fiscal da dedutibilidade das despesas de depreciação e amortização do ágio outorgado pela lei, é óbvio que o benefício se aplica às reais hipóteses de aquisição de investimento com ágio realizada por empresas no País, não se aplicando às hipóteses em que tenha havido uma artificial reestruturação societária para possibilitar o aparecimento e a dedutibilidade do ágio.*

*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. Essa análise não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo.*

*Fixando-se na natureza do método por meio do qual os fatos efetivamente ocorreram, o que se encontra?*

*Apenas operações que não tinham nenhum objetivo empresarial (criação e extinção da empresa veículo CC ACQUISITION). Meros mecanismos pelo qual se usou a fórmula de uma reorganização empresarial como disfarce para se encobrir seu objetivo real e único. Foi realizado um plano pré-concebido e não a reorganização societária.*

***Não há dúvidas que uma nova e formal empresa foi criada. Porém, tal empresa nada mais era do que uma invenção para internalizar um ágio originado de fato no exterior, tendo como finalidade única a redução de tributos. A nova empresa foi criada com nenhum outro propósito; essa empresa não serviu,***

*como descrito acima, para nenhuma outra função. Quando tal função foi exercida, a empresa, obviamente, deixou de existir.*

(...)" (Grifou-se)

Como se vê, a equipe responsável pela ação de fiscalização fundamentou sua conclusão em alguns pilares: ausência de lógica comercial nas operações realizadas pelas empresas envolvidas; **utilização de empresa veículo visando internalizar o ágio que se pretendia posteriormente amortizável**; empresas participantes das operações pertencentes a um mesmo grupo econômico.

Entendeu-se todo o processo de compra e posterior incorporação às avessas da **empresa veículo** como uma simulação que visava ocultar a real intenção das partes envolvidas: a compra e venda de uma empresa nacional celebrada entre duas empresas estrangeiras, com a artificial internalização de ágio.

Tal exame foi realizado pelas autoridades lançadoras, mesmo que de forma não explícita, quando no Termo de Verificação Fiscal se falou em "investidora de fato" ou "uso de empresa veículo". Não se pode exigir que na peça acusatória estivesse escrita *ipsis litteris* a expressão "confusão patrimonial", até mesmo porque essa expressão surge quando da evolução da jurisprudência administrativa relativa ao ágio, que só vem a lume muito posteriormente à data do lançamento.

Assim, ficou evidenciado, das transcrições do TVF, que a não ocorrência do necessário encontro dos patrimônios (requisito direto da exegese da norma) foi identificada e questionada pelos fiscais autuantes, sendo inclusive objeto de pedidos de esclarecimentos em específicos Termos de Intimações lavrados durante a fiscalização. Tais constatações têm intrínseca relação com os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência do fenômeno fiscal previsto no art. 386 do RIR/1999.

A só utilização de empresa veículo, enquanto interposta pessoa jurídica, já impede a confusão patrimonial, obstaculiza o encontro dos patrimônios, interfere no aspecto material da hipótese de incidência da norma; assim, acusar o emprego de empresa veículo é inevitavelmente entender como impossibilitada a confusão patrimonial. Como da apresentação do ocorrido, houve, pelas autoridades fiscais, a cognição da necessidade de a aquisição ser pela real investidora, então considero como suficientemente abordado o tema da confusão patrimonial.

Sendo assim, entendo descabido o argumento da recorrida de que o tema "confusão patrimonial", utilizado textualmente no recurso especial da Fazenda Nacional, seja uma inovação nos presentes autos. O assunto tem ligação indissolúvel com os demais aspectos que já vinham sendo discutidos ao longo do processo, por ser o principal item do aspecto material do tema central do embate aqui travado.

Especificamente a respeito do outro questionamento levantado nas contrarrazões da recorrida, entendo que as situações fáticas tratadas nos acórdãos recorrido e paradigma são suficientemente semelhantes para caracterizar o cumprimento dos requisitos de admissibilidade regimentalmente fixados para os recursos especiais. Em ambos os casos, **observa-se uma empresa estrangeira adquirindo uma outra, nacional, por meio de uma sociedade "veículo" criada especificamente para este fim. A utilização dessa empresa veículo**

possibilita a geração de ágio que posteriormente é utilizado para reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Minúcias de cada um dos negócios devem ser analisadas, se relevantes para a decisão do julgador, na fase de mérito. É óbvio que em todos os processos há fatos diferentes (no limite, os CNPJs das empresas dos acórdãos recorrido e paradigmas sempre tendem a ser diferentes em quase todos os recursos especiais), o que importa é se esses fatos são suficientemente importantes para, por si sós, implicarem numa interpretação diferente da norma, mas não é este o caso, as diferenças apontadas pela recorrida são apenas circunstanciais. Caso se exaurisse o cotejo entre as situações recorrida e paradigma na fase de admissibilidade de cada recurso especial dirigido à CSRF, a própria razão da existência de tal fase restaria esvaziada, pois se confundiria irreversivelmente com a análise do mérito.

Concluo: como não sucedeu aqui o silêncio natural (espontâneo/originário), que é aquele que surge em razão de não haver necessidade de discutir o tema por este não estar presente na acusação fiscal, por não estar presente no Termo de Verificação Fiscal, mas sim aquele silêncio com o propósito de evitar o enfrentamento de importante questão, que poderá levar o julgamento a resultado distinto, então está caracteriza a divergência entre o recorrido e o paradigma.

Diante de todo o exposto, voto por CONHECER do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

*(documento assinado digitalmente)*

Rafael Vidal de Araujo

## **Declaração de Voto - Conhecimento**

### **Conselheiro Ronaldo Apelbaum,**

Trata-se de julgamento de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra o r. Acórdão 1102-000.875, proferido pela 2ª TO da 1ª Câmara e sob a sempre atenta e acurada relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé e que cancelou integralmente o auto de infração lavrado pela D. Fiscalização para exigir débitos decorrentes de glosa de despesas de amortização de ágio deduzidas pelo Recorrido no período de 2006 a 2010, afastada a alegação de decadência.

A Fazenda Nacional ingressou com Recurso Especial sob a alegação de que o ágio não poderia ser considerado válido por não ter “havido a confusão patrimonial exigida pela legislação tributária entre a empresa investida e a real empresa investidora”. O próprio Recurso Especial deixa claro que a discussão posta não é a existência de propósito negocial, mas sim a inexistência de “confusão patrimonial”, alegado como requisito essencial nos termos da Lei 9.532/97 (fls. 1795).

Como elemento de divergência, a Recorrente traz aos autos o caso Santander Hispano, Acórdão 1101-000.961. E de forma bastante detalhada, busca demonstrar a divergência assentada em sua peça recursal. É de se reconhecer, portanto, que a Fazenda

Nacional realizou os esforços necessários para que o Recurso Especial fosse apreciado por essa Câmara Superior, como de fato ocorreu.

É necessário destacar que o CARF tem se deparado, nos últimos anos, com Autos de Infração bastante complexos e que visam desconstituir planejamentos tributários refinados, sob a suposta alegação de que a finalidade de tais atos é apenas se eximir do pagamento de tributos ou criar situações cuja finalidade precípua é o aproveitamento indevido de benesses fiscais concedidas pelo legislador. É uma grande e interessante virada na vida desse Conselho: hoje os casos mais emblemáticos são aqueles que aprofundam a análise das atitudes do FISCO e dos contribuintes, e não mais aqueles em que se discute a interpretação de normas legais ou infralegais.

Nesse ponto, é importante destacar o papel da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Como lidar com as questões regimentais exigidas para conhecimento de Recursos Especiais em face de situações completamente particulares, porém sob a mesma discussão jurídica, é o desafio que essa Câmara enfrenta nesses tempos. É necessário, portanto, estabelecer liames que não impeçam a admissibilidade de Recursos Especiais nessa situação. Por outro lado, esses mesmos limites devem impedir que a Câmara Superior seja encarada como mera revisora de decisões exaradas pela Turmas Ordinárias.

### 1) Da admissibilidade do Recurso Especial apresentado pela PGFN

A admissibilidade do Recurso Especial é regulada pelo art. 67 e parágrafos do RICARF (Portaria 343/2015). Cabe aqui transcrever os trechos do artigo aplicáveis ao caso em espécie:

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

*§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar de forma objetiva qual a legislação que está sendo interpretada de forma divergente.*

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

O artigo determina que a divergência na interpretação da legislação tributária deve partir do confronto analítico de pontos entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados no Recurso Especial. O parágrafo 8º é claro a esse respeito.

O principal argumento utilizado pela Fazenda Nacional em seu Recurso é a inexistência do fenômeno da “confusão patrimonial”. Ressalto aqui que tal expressão pode causar, na verdade, confusão conceitual, já que sua definição derivada do direito civil não se amolda perfeitamente a esses casos. Contudo, o objetivo aqui não é adentrar no mérito do conceito. O que podemos dizer, de fato, é que estamos falando da necessidade de reconhecimento de receita baseada na expectativa de rentabilidade e despesa derivada da

aquisição do investimento como atos necessários para aproveitamento do benefício previsto no art. 7º da Lei 9.532/97.

Ocorre que, essa argumentação não foi trazida aos autos até o julgamento da Câmara *a quo*. Embora essa seja a discussão do acórdão apontado como paradigma, não é a discussão travada no acórdão recorrido. Se assim fosse, não haveria dúvida sobre sua admissibilidade. O que pretende o Recorrente é fazer nascer nos Autos discussão que justificaria a divergência apontada. Não há dúvidas de que esse procedimento não deve ser referendado por essa Câmara Superior.

Ressalte-se ainda que essa Câmara tem decidido, de forma reiterada, que o Recurso Especial não deve ser conhecido nessas situações. Senão vejamos:

Acórdão CSRF nº 9101-001-979, sessão de 21.8.2014.

**“RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO TRATA DA MATÉRIA IMPUGNADA. Nos casos em que a matéria impugnada não é abordada pelo acórdão recorrido, não deve ser conhecido o Recurso Especial, pois impossível a demonstração da divergência jurisprudencial - requisito de admissibilidade previsto no artigo 67, §6º, do RICARF.**

(...)

Acórdão CSRF nº 9101-002.067, sessão de 12.11.2014.

**“RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece do recurso especial interposto pelo sujeito passivo em relação à matéria que não foi prequestionada (§ 3º, do art. 67, do Anexo II, da Portaria MF nº 256/2009)**

Ademais, ainda que se supere tal mácula, vale notar que os Autos de Infração relativos ao aproveitamento do ágio têm também particularidades que impactam a aplicação das regras de admissibilidade do Recurso Especial. Como já ressaltado, as situações enfrentadas pelas Turmas Ordinárias são absolutamente particulares e, por conta desse fato, poderiam representar um impedimento para que os Recursos Especiais sejam analisados. Mas o histórico demonstra que é possível sim fazer associações entre os processos e dessa forma admitir os recursos para exame dessa Câmara.

No caso em espécie, contudo, entendo não haver similitude fática suficiente que justifique a admissibilidade do Recurso Especial. Esse caso, se comparado ao acórdão paradigma, apresenta diferenças relevantes, quando analisadas as razões que justificaram a atuação e toda discussão enfrentada até o Recurso Especial. Em seus Memoriais, o Contribuinte apresenta um quadro comparativo que demonstra de forma clara as diferenças entre os casos:

Pontos Conceituais	Caso Santander (Acórdão paradigma Nº 1102-000.875)	Caso Columbia (Acórdão recorrido Nº 1102000.875)
<b>Primeiro Adquirente no Exterior</b>	Sim.	Não.
<b>Primeiro Adquirente no Brasil</b>	Não: Santander Hispano	Sim: CC Acquisition Participações Ltda.
<b>Empresa Brasileira pagou o preço em dinheiro</b>	Não.	Sim: Houve remessa com recolhimento do IRF sobre o preço.
<b>Houve transferência do ágio por aporte de capital</b>	Sim.	Não: O ágio jamais foi transferido.
<b>Ágio reconhecido no balanço do exterior</b>	Sim.	Não: Nunca foi alegado ou feito: prova sobre este ponto.
<b>Operações similares em outras jurisdições na mesma data</b>	Não.	Sim: Mesma estrutura de financiamento em outros países.

Há, nitidamente, diferenças relevantes que impactam sobremaneira as discussões sobre propósito negocial da empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, por exemplo. Nesse caso, é de se ressaltar que não há exigência no Regimento Interno do CARF (Portaria 343/15, art. 67) que os fatos descritos no acórdão recorrido e no paradigma sejam absolutamente idênticos. Contudo, se a autuação está fundamentada em “ausência de propósito negocial”, é relevante que reste demonstrado, para fins de seguimento de Recurso Especial, que fatos semelhantes resultaram em decisões divergentes.

No caso em apreço, ressalto que detalhes sobre forma de pagamento, contexto global da negociação e trânsito do ágio entre empresas são elementos essenciais para se determinar a conexão fática entre os acórdãos. E as situações são diversas, o que impacta sobremaneira qualquer juízo de valor sobre a existência de “propósito negocial”. Reanalisar o caso representa refazer julgamento de mérito, incabível no âmbito dessa Câmara Superior.

Por essas razões, entendo que está claramente demonstrado que o Recurso Especial não preenche os requisitos de admissibilidade.

É como voto.

*(Assinado digitalmente)*

Ronaldo Apelbaum

## Declarações de Voto - Mérito

### Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na reunião de fevereiro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN” ou “recorrente”), em que é recorrida a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA (doravante “COLUMBIAN”, “recorrida”, “investida” ou “adquirida”), no processo n. 10845.722254/2011-65. Em tal recurso, a PFN requer a reforma do acórdão n. 1102-000.875 (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”), proferido pela r. 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “Turma *a quo*”), no que concerne à legitimidade da amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

O acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO.

O ágio efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e fundamentado na rentabilidade futura da coligada ou controlada, ou na mais valia de bens do seu ativo, é passível de amortização, nos prazos e condições estabelecidos em lei. A forma adotada para a aquisição da participação societária, por intermédio de sociedade criada especificamente para este fim (empresa “veículo”), quando orientada por legítimos propósitos negociais, não pode ser desconsiderada pelo fisco. A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, que determine a extinção da participação societária anteriormente adquirida com ágio, a amortização desse ágio deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, e produz efeitos fiscais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE. CSLL.

Não há previsão em lei para a adição ao lucro líquido das despesas com a amortização do ágio que, corretamente registradas na escrita comercial, afetam o valor do resultado do exercício, ponto de partida para o cálculo da contribuição social sobre o lucro.

A Turma *a quo*, ao exercer a sua competência de findar com a constatação fática necessária à aplicação das normas jurídicas, assentou que:

**houve aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, realizada entre partes independentes, com efeito fluxo**

**financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição:** A COLUMBIAN, empresa brasileira anteriormente pertencente a um grupo estabelecido no exterior (PHELPS DODGE CORPORATION, doravante “**PHELPS**” ou “**alienante**”), foi adquirida por outra empresa brasileira, qual seja, CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA (doravante “**CC ACQUISITION**” ou “**adquirente**”), pertencente a terceiros independentes, quais seja, as empresas estrangeiras CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, controladas da ONE EQUITY PARTNERS, empresa de investimentos do GRUPO JP MORGAN, e do GRUPO DC CHEMICAL (doravante “**Grupo OEP/DC**” ou “**investidores estrangeiros**”). O sobrepreço (ágio) foi efetivamente pago, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (COLUMBIAN);

- Adotando-se o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), a CC ACQUISITION desdobrou o custo de aquisição do investimento no valor patrimonial da COLUMBIAN e no ágio suportado, justificado pela expectativa dos lucros que esta poderia gerar no futuro;

- Foi realizada reestruturação societária, em que a CC ACQUISITION foi incorporada pela COLUMBIAN. Desde a referida absorção patrimonial, passou a ser realizada a amortização fiscal do aludido ágio apurado contra os lucros da COLUMBIAN, cuja expectativa de lucratividade deu causa ao ágio pago quando de sua aquisição, com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97;

- Não houve simulação.

O acórdão *a quo* deu provimento ao recurso do contribuinte, para cancelar o auto de infração e imposição de multa (doravante “AIIM”) lavrado pela autoridade fiscal, que havia considerado a CC ACQUISITION inoponível ao fisco, por ser simulada, abstraindo todos os atos jurídicos praticados para visualizar uma operação realizada diretamente por PHELPS e Grupo OEP/DC.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma *a quo* assentou, às fls. 1929 e seg. do e-processo, que:

“A controvérsia central, portanto, cinge-se a determinar: (i) se o ágio amortizado e depreciado decorreu de operações societárias realizadas dentro de um mesmo grupo empresarial ou não; e (ii) se as operações praticadas evidenciam efetivo propósito negocial e substrato econômico ou não.

(...)

Não há dúvidas, portanto, de que, antes de 16/03/2006, a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA (CCB) integrava a estrutura societária do grupo PHELPS DODGE CORPORATION, e de que a CC ACQUISITION (Brasil) integrava a estrutura societária do grupo OEP/DC CHEMICALS. Nem o fisco nem a recorrente discordam desta afirmação.



interesses empresariais, e não apenas a finalidades exclusivamente tributárias, conforme alegou o fisco.

Em razão disto, concluo que o ágio pago na operação, conduzida entre partes independentes, é legítimo, e que a sua posterior amortização, no caso concreto, é mera consequência do ato de incorporação da CC ACQUISITION (Brasil) pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, ocorrida em 14/07/2006.

Os demais argumentos subsidiários do fisco, no caso concreto, não possuem relevância suficiente para infirmar esta conclusão.

O curto espaço de tempo decorrido entre a aquisição da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias, em 16/03/2006, e a incorporação da CC ACQUISITION (Brasil) pela CCB, ocorrida em 14/07/2006, justifica-se na medida em que o objetivo da criação e utilização da CC ACQUISITION (Brasil) pelo grupo OEP/DC Chemical no negócio já fora cumprido.

O fato de a incorporação ter sido “às avessas” (investida incorporando a investidora) não impede que o ágio seja amortizado, conforme sobejamente se sabe.

O fato de o Laudo de Avaliação a valor de mercado da CCB ter sido realizado por empresa do grupo econômico adquirente, e não por empresa especializada e independente das partes, também não possui o condão de, por qualquer forma, descaracterizar o ágio pago. Ademais, é cediço que a lei sequer exige a confecção de um laudo de avaliação para fundamentar o ágio, fazendo referência tão somente a uma “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”. E esta demonstração não foi infirmada ou contestada pelo fisco em seu conteúdo.

(...)

No julgamento do recurso especial interposto pela PFN, a CSRF, por maioria de votos, decidiu reformar o acórdão recorrido, de forma a manter a cobrança de IRPJ, CSL, multa e juros de mora lançados no AIIM. Com isso, foi mantida a glosa da amortização das despesas de ágio, não obstante tenha sido reconhecida a legitimidade do ágio apurado.

Nesta **declaração de voto**, permissa vênua, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional no que pertine à questão da **amortização fiscal das despesas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, por compreender que a cobrança tributária em questão ofende as normas que tutelam a matéria, em especial aquelas que decorrem do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Tais fundamentos serão organizados do seguinte modo:

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”);
2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”;
3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso;

#### 6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APPELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO  
Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

## 1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobrepreço* que se paga por algo, um valor superior àquele seria o parâmetro esperado.<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 concessionárias levassem meses para receber 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 *sobrepreço* 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 *sobrepreços*, 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 pessoas jurídicas (investidoras)**. Nesse caso, como se verá no tópico “2” a seguir, o legislador reconheceu 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 empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente recurso especial, está em análise um caso concreto no qual uma pessoa jurídica adquiriu participação societária relevante em outra pessoa jurídica (investimento), com o pagamento de um *sobrepreço* (ágio) justificado pela *expectativa de rentabilidade futura* da empresa adquirida.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em

04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FERREIRA BARRETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por RAFAEL VIDAL

Vide: SCHOUER, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p.

13 e seg. Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). Por sua vez, “*ágios*” e “*deságios*” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste<sup>2</sup>.

Nos idos de 1976, a Lei 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:  
(...)

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em

04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FERRETTAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

2 Apos 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.

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.<sup>3</sup>

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, 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. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in *Direito tributário atual - Vol. 23*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461.

<sup>4</sup> Pode-se supor, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica investidora adquira os investimentos em uma outra pessoa jurídica, adquirindo as suas ações diretamente das mãos de seus antigos detentores. Caso seja pago ágio nessa operação, tais valores sequer viriam a ser escriturados pela empresa investida.

A referida escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*** No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o 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.

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 decorrente da implementação da *fórmula operacional básica* prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

## 2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido de **2006 a 2010**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis diante das alterações legislativas sobre a matéria.

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.<sup>5</sup> Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

Sob a perspectiva do Direito tributário, as três grandes reformas atinentes ao ágio se deram em 1977, 1997 e 2014, como será brevemente explicitado abaixo.

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões

internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.<sup>6</sup> Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

Nos subtópicos a seguir, com a necessária ênfase ao que importa para a solução do caso concreto, o tratamento tributário do *ágio* nos marcos temporais de 1977, 1997 e 2014 serão analisados com paralelos à contabilidade, de forma a evidenciar a comunicação e os distanciamentos dessas searas.

## 2.1. A legislação do período pré-1997.

Conforme se expôs acima, a apuração do *ágio* conforme os arts. 20 e 21 do Decreto-lei 1.598/77 jamais apresentou consequências tributárias imediatas. É realmente possível dizer que a amortização contábil das despesas de *ágio* *sempre permaneceu neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*

Até 1997, a única consequência tributária para o *ágio* por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

### **Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido**

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

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

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

III - *ágio* ou *deságio* na aquisição do investimento com fundamento nas letras *b* e *c* do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte

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

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de

redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

Dessa forma, desde a década de 70 até 1997, o ágio suportado pela investidora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura teria relevância para fins tributários apenas no momento de eventual e posterior realização do investimento, com a redução proporcional da base de cálculo do ganho de capital então apurado. **Em tal momento, tais despesas poderiam ser aproveitadas integralmente na apuração do ganho (ou perda) de capital, sem qualquer fracionamento.**

Essa possibilidade de aproveitamento fiscal integral do ágio pago conduziu a debates em torno de situações consideradas abusivas, à certa insegurança jurídica e, finalmente, à alteração de sua sistemática pela edição da Lei n. 9.532, de 10.12.1997

## **2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014: aplicável ao caso dos autos, cuja apuração perfaz o período de 2006 a 2010.**

Com edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências fiscais 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 IRPJ e da CSL, 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>7</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;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Há quem aponte que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculariam *benefício fiscal*<sup>8</sup>. Para LUCIANO AMARO, tratar-se-ia de “*estímulo a investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária*”.

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam *mera norma de dedutibilidade para apuração do IRPJ e da CSL*, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato<sup>9</sup>.

De *benefício fiscal* não se trata. O legislador simplesmente impõe que o *sobrepço* em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Trata-se de norma que regula a amortização fiscal de despesas com ágio por meio de uma *fórmula operacional básica*, bem como limita quantitativamente o exercício de tal direito à fração 1/60 ao mês.

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*<sup>10</sup>:

“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 conhecidos ‘planejamentos tributários’, vêm 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”.

<sup>8</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 714.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, *in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

<sup>10</sup> Note-se apenas que, no projeto de lei, o dispositivo era numerado como “8º”, mas na redação aprovada foi veiculado pelo art. 7º.

Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

A exposição de motivos reafirma algo que está claro no texto legislado: o legislador não pretendeu restringir o legítimo aproveitamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas sim regular a sua fruição aos casos em que realmente ocorra aquisição de investimento relevante em pessoa jurídica com efetivo sobrepreço. A decisão do legislador foi segregar situações em que há correta apuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura de outras que, por corresponderem a operações fictícias, realmente não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de *segurança jurídica* para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas privadas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

### 2.3. Período pós 2014: alterações trazidas pela Lei n. 12.973 ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio.

Desde a edição da Lei n. 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, mas manteve-se em boa medida incólume.

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a *demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura* (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)<sup>11</sup> e a *validade do*

<sup>11</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, o art. 20 do Decreto-lei 1.598/76 passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

“*ágio interno*” (agora a lei veda a apuração de *ágio* na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)<sup>12</sup>.

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da *transferência de investimento com **ágio analisado nos presentes autos***, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis reestruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do *ágio* legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. **Trata-se de um silêncio eloquente.**

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

A norma em questão prescreve 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** deverá 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).

### **4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de *ágio* fundado em expectativa de rentabilidade futura**

Este tópico se dedica à exposição analítica da norma de amortização do *ágio*, com o isolamento de elementos essenciais à sua aplicação. Também serão suscitados fatores que, embora não sejam determinantes, corroboram para o reconhecimento da legitimidade das operações envolvidas, bem como outros que são indiferentes e não devem interferir na fruição da amortização das despesas com *ágio*.

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado

<sup>12</sup> Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: “Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com *ágio* por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido *ágio* existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”

por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Desse modo, no subtópico “4.1” a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados no subtópico “4.2”.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

#### **4.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.**

A hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura apresenta elementos cuja presença é essencial, como:

- Aquisição de investimento relevante 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;
- 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).

##### **4.1.1. Demonstração da aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;**

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSL: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

O art. 20, § 3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.<sup>13</sup>

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

#### **Código Civil**

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexactidão dos lançamentos.

#### **Código de Processo Civil (“antigo”, Lei No 5.869, de 11.01.1973)**

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meio jurídico probatório que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.<sup>14</sup>

Assim, é requisito essencial da norma analisada que seja realizada, por pessoa jurídica, uma operação (real, obviamente) de aquisição de investimento em outra pessoa jurídica, na qual haja contraprestação pela investidora de um *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura por parte da investida, devidamente demonstrada por todas as formas em Direito admitidas.

#### 4.1.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

A Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

Pelo contrário, o legislador utilizou de termos amplos o suficiente para abarcar aquisições realizadas por quaisquer formas de contraprestação: o pressuposto de aplicação da norma é a aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista **contraprestação com ágio**, o que pressupõe a existência de *fluxo financeiro ou quaisquer outras formas de sacrifícios econômicos* envolvidos na operação.

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>15</sup>, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

#### 4.1.3. Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio por expectativa de rentabilidade futura.

<sup>14</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 465.

A legislação brasileira dispõe sobre pessoas jurídicas obrigadas à adoção do MEP para refletir em suas demonstrações contábeis o valor do investimento mantido em sociedades coligadas ou controladas pelo valor do patrimônio líquido destas. Por sua vez, também há pessoas jurídicas que, embora não possuam *a priori* tal obrigação, tornam-se igualmente obrigadas a adotar o MEP em situações específicas.

No caso, a norma obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.<sup>16</sup> A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais (IRPJ e CSL) na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.<sup>17</sup>

#### **4.1.4. 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.**

Analicamente, enquanto os dois fatores anteriores (“4.1.1”, “4.1.2” e “4.1.3”) e o fator seguinte (“4.1.5”) compõem a *hipótese de incidência* da norma de amortização do ágio, o presente elemento compõe o seu consequente normativo. No entanto, para que se compreenda a razão da adoção pelo legislador da *fórmula operacional básica* analisada a seguir (“4.1.5”), é essencial compreender como o pareamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição interfere na efetiva dedutibilidade do ágio (consequente normativo).

<sup>16</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

A regra de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura não traz ao contribuinte um benefício fiscal pela criação de “créditos presumidos” ou “fictícios”. O legislador simplesmente recorresse um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Ao conceber a amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura como mera *norma de dedutibilidade em conformidade com o conceito de renda tributável*, o legislador, então, prescreveu o necessário emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição.

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração do IRPJ e da CSL<sup>18</sup>. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

**Art. 177.** A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos **princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o **regime de competência**.  
(grifos acrescidos)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”<sup>19</sup> está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

**Art. 187.** A demonstração do resultado do exercício discriminará:  
(...)  
§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:  
a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e  
b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também exprimiu ser decorrência necessária do *princípio da competência* a adoção do método (ou “*princípio*”) do confronto das receitas e despesas, como se observa do art. 9º da aludida norma contábil:

**Art. 9º.** As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O **reconhecimento simultâneo das receitas e despesas**, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

Com as alterações introduzidas pela Resolução CFC n. 1.282/10, o aludido dispositivo passou a constar com outra redação, sem alterar em nada o princípio do emparelhamento das receitas e despesas. Como nem poderia ser diferente, a norma contábil reafirma o método do emparelhamento de receitas e despesas como pressuposto para a concretização do *princípio da competência*:

**Art. 9º.** O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

**Parágrafo único.** O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”<sup>20</sup>, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: *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.*

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em um entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos financeiros da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam *trazidos para baixo* e confrontados com lucros gerados por esta.

Se o legislador tributário brasileiro estivesse imerso em tal tradição jurídica, certamente não teria qualquer desafio para implementar um permissivo legal à amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura: em razão da consolidação dos balanços e do “*push down accounting*”, haveria comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

No Brasil, no entanto, não há correspondente ao chamado “*push down accounting*”, com uma tradição societária e contábil firme no *princípio da da entidade*. O problema se mostrou evidente: como possibilitar que a empresa investidora amortize o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deduzindo-o dos aludidos lucros quando se concretizarem, se estes (ágio e lucro) se encontram em entidades distintas (controladora e controlada)?

Assim, com base nas normas societárias e contábeis brasileiras, coube ao legislador tributário estabelecer uma *fórmula operacional básica* apta a emparelhar o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição.

#### 4.1.5. *Fórmula operacional básica: absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).*

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”<sup>21</sup>, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”<sup>22</sup>.

Nas chamadas *opções fiscais*, o sistema jurídico tributário oferece ao contribuinte mais de uma sistemática para que submeta os seus signos de riqueza à tributação: é garantida ao contribuinte a liberdade para optar pelo caminho que lhe parecer mais adequado, seja por praticidade ou por lhe proporcionar menor ônus tributário.

Explorando o exemplo da DIRPF<sup>23</sup>, com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma *fórmula procedimental*

<sup>21</sup> Em meio às muitas divergências que o tema suscita na doutrina nacional, alguns autores incluem no conceito de *planejamento tributário* a utilização de *opções fiscais* e de *normas tributárias indutoras*, já que o contribuinte, ao praticar os referidos atos, certamente teria realizado prévio estudo, *planejando-os*. Nesse sentido, vide: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 02. Outros, por sua vez, as excluem “do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivo coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolha” Nesse sentido, vide: GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 100. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso de livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 240.

<sup>22</sup> No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

<sup>23</sup> DIRPF - Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física. Assinado digitalmente em 14/03/

*básica* a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

Por sua vez, com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal (IRPJ e CSL) do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a *fórmula operacional básica* a ser seguida:

- os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ e CSL).

- como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “*push down accounting*”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.

É necessário deixar claro que **o legislador não buscou induzir a concentração de empresas** por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislação e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

**O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade.** Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (i) do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com (ii) o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no *emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização” do investimento,*

mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”<sup>24</sup>.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO<sup>25</sup>, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”<sup>26</sup>.

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações, fusões* ou mesmo *cisões*.

Assim, considerando que uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de *sobre preço* (ágio) justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma conduz a situações como:

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento devido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da

<sup>24</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

<sup>25</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

<sup>26</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 718.

então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>27</sup>, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimento fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.<sup>28</sup>

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>29</sup>, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

#### **4.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento dos elementos da hipótese de incidência e, assim, com o desencadeamento da consequência tributária (amortização fiscal do ágio).**

Desde a edição da Lei n. 9.532/97, uma série de questionamentos passaram a ser suscitados diante de casos concretos.

Em uma era farta de reestruturações societárias (“M&A”) impulsionadas por ambiente econômico favorável ao investimento doméstico e estrangeiro, os contribuintes e seus consultores jurídicos precisaram analisar a aplicação das regras de amortização de ágio às peculiaridades dos mais variados negócios jurídicos. A administração tributária, por sua vez, passou a acompanhar e a identificar casos de possível “abuso” no aproveitamento do ágio fiscal.

A jurisprudência administrativa, por sua vez, empiricamente gravou situações como indicativas de “abuso”, o que viciaria de tal modo as operações que lhe destituiriam o direito à amortização de “ágio” referido nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciarão à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como *a priori* legítima.

Há um limite que deve ser observado em relação a tais critérios de análise colhidos da experiência e de julgados do CARF. Embora sejam importantes para a sistematização da forma como os casos são julgados em vista de elementos em comum, não podem descarrilhar para uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

Não se trata de lista exaustiva, pois tem como propósito a análise do caso concreto dos presentes autos, de forma que está sujeita a atualização e consideração de especificidades.

#### 4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

Até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia, na legislação, vedação expressa ou mesmo qualquer referência à figura do “ágio interno”. Tal rótulo surgiu da experiência e do manejo de situações concretas e passou a ser regulada expressamente pelo legislador a partir produção da aludida lei. Por se tratar de um rótulo, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como “*ágio interno*”.

Em termos muito gerais, o chamado “ágio interno” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com 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 nenhum participante *externo*.

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam ágios internamente, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSL, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ<sup>30</sup>, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

**Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973).** Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, 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, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios*

*internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>31</sup>, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*’”.

#### 4.2.1.1. O “*ágio interno*” inválido perante o Direito tributário brasileiro.

Os casos rotulados de “*ágio interno inválido*”, “*ágio em si mesmo*”, são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo econômico, consideradas sem causa legítima ou mesmo simuladas. Sua característica distintiva não se esgota apenas na realização de operações entre partes dependentes, também na ausência de fluxo financeiro ou de sacrifícios econômicos na aquisição do investimento, sendo comum que não haja alteração de controle ou, ainda, efetiva diluição de um dos sócios.

A notória contribuição de MARCOS SHIGUEO TAKATA à evolução da jurisprudência do CARF ficou registrada em votos de sua lavra e em trabalhos por ele publicados. Em um destes, TAKATA<sup>32</sup> expõe:

“Daí dizermos: é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do *ágio interno*, com ausência de geração de riqueza nova – à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas internacionais de contabilidade. É *nesse contexto* que se coloca o chamado *ágio ‘de si mesmo’* ou *ágio ‘consigo mesmo’*.”

(...) O pagamento de preço com existência de minoritários, em regra. Conclusão que parece simples, mas que demandou caminhar o percurso de base em seus devidos termos, expurgando as ‘bordas’ ou arestas conceituais dessa base.”

Nesse seguir, uma série de casos julgados pelo CARF vem considerando como ilegítimas algumas operações, em vista da inexistência de transação financeira entre as partes relacionadas, ausência de preço realmente estabelecido acompanhado de seu pagamento ou, ainda, troca efetiva de titularidade do investimento. O elemento da simulação também está presente em tais decisões. Vale observar os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. O fato dela não ter rebatido ponto a ponto as razões da defesa não implica vício. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO DOS VALORES. Despesas operacionais são aquelas necessárias a atividade operacional da empresa e, no caso de prestação de serviços, devem ser comprovadas mediante documentos que permitam identificar os prestadores, sem o que procede a glosa fiscal. CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM

<sup>31</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, Alexandre). São Paulo: Dialética, 2012, p. 194.

<sup>32</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, Alexandre). São Paulo: Dialética, 2012, p. 198-211.

UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 02/01/2009 JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe o lançamento que tenha sido formalizado em legislação que toma por empréstimo a sistemática de apuração daquele. (CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35)

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 no 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)

#### 4.2.1.2. O “ágio interno” válido perante o Direito tributário brasileiro.

Como se viu, “há ágios internos e ‘ágios internos’”<sup>33</sup>, sendo necessário reconhecer que alguns deles foram apurados legitimamente, de forma a não apresentar maiores distinções no que concerne a possibilidade de seu aproveitamento fiscal.<sup>34</sup>

A análise dos precedentes do CARF demonstra que há casos de *ágio interno* reputado de *válido*, 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 exposto (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 considerada 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 acidental. SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

(GERDAU ACOMINAS S/A. 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 exercer, 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.

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Por fim, é curioso notar que ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS<sup>35</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”. Enquanto países como EUA adotam como tradição a elaboração de balanços consolidados, como se viu acima, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O argumento contábil, então, pode restringir substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. É a partir de tal constatação que LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA<sup>36</sup> 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

<sup>35</sup> MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, in Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alessandro. São Paulo : Dialética, 2013.

<sup>36</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.



não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio. Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos acionistas da incorporadora de ações. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa. Há significado econômico nesse ágio. Há pagamento pela aquisição de ações (entrega de ações da incorporadora de ações): sua contrapartida é aumento do investimento com ágio”.

Trata-se de elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte. No entanto, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal de tais operações.

#### **4.2.3. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.**

A crescente complexidade dos negócios é naturalmente refletida na organização societária das empresas. Por isso, não se pode atribuir à complexidade de operações realizadas pelo contribuinte qualquer pré-conceito que resvale em “ilegitimidade *a priori*” para fins fiscais, bem como não se pode esperar ser possível enquadrar todas as inumeráveis variáveis dos mais diversos negócios jurídicos em apenas algumas poucas caixas hermeticamente fechadas a revisões conceituais. Na verdade, há na Constituição Federal garantia à liberdade auto-organização.

**Como o particular possui liberdade de auto-organização, decorrente imediata do princípio da livre iniciativa, reestruturações societárias realizadas no âmbito da empresa investidora ou em suas controladas/coligadas (investida) são plenamente possíveis. Se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir.**

A inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas passou, então, a ser considerada como um *safe harbour* em acórdãos do CARF. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio: 2 de 24/08/2001



controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

#### 4.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio.

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Deve-se repetir a advertência de que os elementos a seguir não compõem uma lista exaustiva. Trata-se apenas de coleção de fatores corriqueiros no debate sobre o tema em análise e que estão presentes no caso concreto ora sob julgamento.

##### 4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as “*entidades efêmeras*”.

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a amortização do ágio a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de ágio escriturados por esta.

**Em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A fórmula operacional básica prescrita para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais: não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.**

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>40</sup> apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em longo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

Dessa forma, não possui qualquer relevância para a análise do presente caso argumentos que demonstrem o decurso de longo lapso temporal entre as operações realizadas pelo contribuinte ou, ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curso espaço de tempo (“efêmeras”).

#### **4.3.2. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.**

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com o *acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento<sup>41</sup>.

**Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:**

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

<sup>40</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

<sup>41</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 715.

- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.<sup>42</sup>

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

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

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.<sup>43</sup> classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

<sup>42</sup> A referida transferência do investimento com ágio pode se dar por diversas maneiras e por variados motivos. Assim, é comum que, por razões de mercado, regulatórias ou societárias, a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio. Exemplificando, se uma empresa (“A”) adquire investimento relevante de outra empresa (“B”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora for incorporada por uma terceira empresa (“C”). Essa operação será periférica neutra, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. A referida empresa incorporadora (“C”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“B”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio. Apenas se a aludida incorporadora (“C”) vier, por exemplo, a incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“B”), é que se daria se a absorção patrimonial exigida e seria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão. Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. *Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura*, in *Direito, Economia e Política*: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

<sup>43</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Da compensação de prejuízos fiscais ou da *trava* de 30%*, in *Revista Fórum de Direito Tributário* = *RFDT*, ano 10, n. 60, Belo Horizonte, 2012.

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI<sup>44</sup>: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.**

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

***1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico:*** por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

***2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado:*** por esta, há restrição ao direito do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO. Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO. Assinado digitalmente em 11/03/2016 por DEFAEL VIDAL. <sup>44</sup> POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, *in* Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo: MP Editora, 2014, p. 157-8.

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a conseqüente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais<sup>45</sup> geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal<sup>46</sup>. Como observa EROS ROBERTO GRAU<sup>47</sup>, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>48</sup>, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade

<sup>45</sup> EROS ROBERTO GRAU apresenta longo repertório de princípios econômicos prestigiados pela Constituição Federal: “Cumpra neles identificar, pois, os princípios que conformam a interpretação de que se cuida. Assim, enunciando-os, teremos: — a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e — valorização do trabalho humano e livre iniciativa — como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); — o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); — a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) — a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); — a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); — a garantia do direito de greve (art. 9º); — a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); — a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

Além desses, outros, definidos como princípios gerais não positivados — isto é, não expressamente enunciados em normas constitucionais explícitas — são descobertos na ordem econômica da Constituição de 1988. Af, particularmente, aqueles aos quais dão concreção as regras contidas nos arts. 7º e 201 e 202 do texto constitucional. (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 194)

<sup>46</sup> BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

<sup>48</sup> APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).<sup>49</sup> Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação<sup>50</sup>.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.<sup>51</sup> TULLIO ROSEMBUJ<sup>52</sup> observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela<sup>53</sup>.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU<sup>54</sup>, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam

<sup>49</sup> Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

<sup>50</sup> Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

<sup>51</sup> Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.

<sup>52</sup> ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons, 1999, p. 57.

<sup>53</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

<sup>54</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI<sup>55</sup> já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo un problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>56</sup>, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.**

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”<sup>57</sup>. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

<sup>55</sup> FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

<sup>56</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP: Manole, 2007, p. 195.

<sup>57</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP: Manole, 2007, p. 195.

PELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

**Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras?** O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

**Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência.** Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

**“Empresa A”:** Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

**“Empresa B”:** Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

**“Empresa C”:** Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. **A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado**

**apenas se verificaria se, por exemplo,** a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

#### 4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO<sup>58</sup>, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.<sup>59</sup> Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO<sup>60</sup> sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

**No caso dos autos, a discussão ganha novas cores.** Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto no tópico “4.1.5”), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e

<sup>58</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária - limites normativos*. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

<sup>59</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.

<sup>60</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma *fórmula operacional básica* para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extratributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador competente, o chamado “propósito negocial” nas operações para a implementação da *fórmula operacional básica* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é **indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.**

O núcleo do recurso especial ora em análise consiste em saber se, sob a perspectiva tributária, há óbices para que investidores estrangeiros integralizem capital em uma pessoa jurídica brasileira, para que esta realize a aquisição de participação relevante em uma empresa brasileira. De forma mais específica, se a empresa brasileira vier efetivamente a ser adquirida com ágio por expectativa de rentabilidade futura e a pessoa jurídica constituída pelos investidores estrangeiros executar a *fórmula operacional básica* prescrita pela Lei n. 9.532/97, ter-se-ia como consequência o direito à legítima amortização fiscal do ágio apurado, à fração de 1/60 ao mês?

No caso concreto, a COLUMBIAN, empresa brasileira anteriormente pertencente à PHELPS, foi adquirida pela CC ACQUISITION, pertencente a terceiros independentes, qual seja, o Grupo OEP/DC. Após, a CC ACQUISITION foi incorporada pela COLUMBIAN. Desde a referida absorção patrimonial, passou a ser realizada a amortização fiscal do aludido ágio apurado contra os lucros da COLUMBIAN, cuja expectativa de lucratividade deu causa ao ágio pago quando de sua aquisição, com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

A PFN não questiona em seu recurso especial que a COLUMBIAN tenha sido adquirida mediante o efetivo pagamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura. Trata-se de questão incontroversa. Conforme a interpretação sustentada pela PFN, o aludido sobrepreço, embora existente, não poderia ser aproveitado para fins tributários, pois a CC ACQUISITION seria uma empresa veículo inoponível ao fisco, de forma que o real adquirente seria o Grupo OEP/DC, residente no exterior.

A tese sustentada pela PFN neste e em outros processos apresenta uma consequência que não pode ser ignorada: aquisições realizadas com capital originalmente estrangeiro, ainda que integralizado em pessoa jurídica brasileira regularmente constituída, jamais poderiam gerar ágio passível de amortização para fins fiscais. Ocorre que:

- se investidores estrangeiros, ao adquirir diretamente investimento em empresa brasileira, com efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, não podem eles próprios executar a *fórmula* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97;
- se investidores estrangeiros não podem constituir uma pessoa jurídica no Brasil, integralizando-a capital para adquirir investimento em outra empresa brasileira, com efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura e, então, executar a *fórmula* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97;
- então investimentos estrangeiros realizados no Brasil, ainda que suportem o efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, jamais podem ser amortizados para fins fiscais.

Para decidir se a interpretação sustentada pela PFN e pelo auto de infração tela devem prosperar, as operações realizadas pelo contribuinte serão testadas em face de cada um dos elementos analisados no tópico “4” desta declaração de voto.

Antes de prosseguir, no entanto, é preciso aclarar que **o presente caso não envolve o chamado “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”**. Realmente **NÃO** estamos diante de operação que possa ser rotulada de “ágio interno”. O ágio por expectativa de rentabilidade futura em questão foi apurado em operação originária de aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço). Tal fato é incontroverso no presente processo administrativo, como também é incontroverso que houve efetivo pagamento (fluxo financeiro) de sobrepreço (ágio) em função da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Não se pode, assim, imputar às operações realizadas o estigma suportado por casos de “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”. Mas, ainda que o presente caso viesse a ser confundido com aquilo que se rotula de “ágio interno” – **o que, repita-se, já restou definitivamente afastado neste processo administrativo** – ainda assim a validade para fins tributários das operações praticadas deveria ser verificada diante de cada um de seus elementos analisados no tópico “4” deste voto. Seria necessário investigar tratar-se de “ágio válido” ou “inválido”, não se admitindo conclusões apriorísticas pela consideração apressada de meros rótulos.

### 5.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

No caso, houve **efetiva aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**: a COLUMBIAN, anteriormente pertencente a terceiros independentes, foi adquirida pela CC ACQUISITION, com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Note-se que o acórdão *a quo* assentou, *in verbis*:

"Não há dúvidas, portanto, de que, antes de 16/03/2006, a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA (CCB) integrava a estrutura societária do grupo PHELPS DODGE CORPORATION, e de que a CC ACQUISITION (Brasil) integrava a estrutura societária do grupo OEP/DC CHEMICALS. Nem o fisco nem a recorrente discordam desta afirmação.

(...)

Vê-se, portanto, que **a operação, da forma em que foi praticada, efetivamente ensejou várias outras consequências concretas, as quais foram apontadas pela recorrente como objetivos a serem atingidos (propósitos negociais), e que não foram convincentemente infirmadas pelo fisco**. Ademais, conforme demonstraram os documentos anexos aos autos, tratou-se de estratégia adotada em diversas jurisdições, e não apenas no Brasil.

**A acusação de simulação não pode prosperar**. Sendo cediço que a prova direta da simulação é muito difícil, de há muito a jurisprudência do CARF tem aceito que a simulação seja provada por todos os meios admitidos em direito, inclusive por indícios e presunções, desde que sejam graves, precisos e convergentes. A doutrina costuma ainda destacar como aspectos relevantes para a caracterização da simulação a conduta



incorporação, em razão de alterações no capital de giro final frente ao “capital de giro alvo”, é dizer, uma vez que o capital de giro da Sociedade e de suas Subsidiárias Remanescentes teria sido substancialmente aumentado, o valor da contraprestação pela incorporação sofreria equivalente reajuste.

A recorrente de fato não traz qualquer esclarecimento quanto a esta questão. Contudo, deve-se ressaltar que ela tampouco em qualquer momento foi questionada a respeito.

A fiscalização conduziu um extenso e minucioso trabalho investigativo, durante o qual fez diversas intimações questionando aspectos bastante específicos das operações praticadas, e inclusive os motivos pelos quais foram adotadas as formas jurídicas afinal levadas a cabo.

Contudo, não apenas a fiscalização não fez qualquer referência no Termo de Verificação Fiscal ao citado Acordo, como tampouco abordou especificamente a questão do pagamento sob a ótica acima referida. Resta assim uma “lacuna” na compreensão a respeito de como os valores teriam ido parar nos cofres do grupo PHELPS. Contudo, de alguma forma esses recursos lá chegaram. Reproduzo abaixo mais um excerto das demonstrações financeiras de 2006 da PHELPS DODGE CORPORATION, disponível no “site” da Securities And Exchange Commission (<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/78066/000095015307000431/p73493e10vk.htm#161>), nas notas explicativas, dando conta de que a venda da Columbian Chemicals, acordada em 15/11/2005, gerou receitas de aproximadamente US\$ 595 milhões à PHELPS DODGE:

#### “2. Divestitures

##### Columbian Chemicals Company

On November 15, 2005, Phelps Dodge entered into an agreement to sell Columbian Chemicals to a company owned jointly by One Equity Partners LLC, a private equity affiliate of JPMorgan Chase & Co., and South Korean-based DC Chemical Co., Ltd. The transaction was completed on March 16, 2006, resulting in net sales proceeds of approximately \$595 million (including approximately \$100 million of Columbian’s foreign-held cash and net of approximately \$27 million in taxes and related expenses). As a result of the transaction, the operating results of Columbian have been reported separately from continuing operations and shown as discontinued operations in the Consolidated Statement of Income for all periods presented.”

Também foi cumprida a exigência da **demonstração dos fundamentos para o desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura**, conforme reconheceu o acórdão *a quo* (fls. 1942 e seg. do e-processo), *in verbis*:

“O fato de o Laudo de Avaliação a valor de mercado da CCB ter sido realizado por empresa do grupo econômico adquirente, e não por empresa especializada e independente das partes, também não possui o condão de, por qualquer forma, descaracterizar o ágio pago. Ademais, é cediço que a lei sequer exige a confecção de um laudo de avaliação para fundamentar o ágio, fazendo referência tão somente a uma “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”. E esta demonstração não foi infirmada ou contestada pelo fisco em seu conteúdo.

A única “inconsistência” apontada pela autoridade fiscal foi a de que, muito embora esta primeira demonstração produzida pela OEP, que se encontra às fls. 245-254, tenha apontado como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura, quando da posterior incorporação, o contribuinte acabou contabilizando o referido ágio parte como expectativa de rentabilidade futura

(R\$ 42.947.739,09) e parte como mais valia dos bens do ativo imobilizado (R\$ 172.211.739,32).

Esclareça-se que, entretanto, em nenhum momento o fato de ter ocorrido esta alteração na fundamentação do ágio foi elencada pelo fisco como motivo para a não aceitação de sua amortização. De fato, o fisco apenas recalculou as parcelas da depreciação mensal referentes ao ágio apropriado aos bens do ativo, por não concordar com a forma como o contribuinte as calculara. Os motivos da não aceitação da amortização do ágio, conforme já deveras relatado, foram outros.

E a recorrente, em sua defesa, apresenta os laudos/demonstrativos de avaliação que embasaram a contabilização do ágio na forma em que foi feita, e por meio dos quais foi apurada a mais valia dos ativos (ou menos valia, em alguns casos) e a rentabilidade futura, esta tendo por base o valor residual do ágio pago (fls. 1560–1641). E sustenta que este foi um procedimento realizado de forma conservadora, que atende a melhor prática contábil, e que não infringe quaisquer dos requisitos para amortização do ágio.

Em outras circunstâncias poderia este relator não concordar com a alteração na fundamentação do ágio. De fato, tenho para mim que a fundamentação do ágio há de ser feita no momento da aquisição da participação (ou até o momento, ou seja, antes da aquisição), pois já no momento da aquisição o contribuinte tem de fazer o desdobramento e indicar os fundamentos do ágio. Tratando este fundamento de um aspecto subjetivo da operação, ou seja, dos motivos pelos quais o comprador se dispôs a pagar o preço, a existência de razões outras para a existência de um sobrevalor, mas que somente foram identificadas posteriormente à aquisição, a priori não poderia ser invocada como determinante para o pagamento do ágio no momento da aquisição.”

Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, “b”, da Lei 9.532/97, com a **absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio**, qual seja, a CC ACQUISITION, pela pessoa jurídica investida e cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o sobrepreço pago, qual seja, COLUMBIAN. À fl. 1941 do e-processo, o acórdão *a quo* apontou que “o fato de a incorporação ter sido “às avessas” (investida incorporando a investidora) não impede que o ágio seja amortizado, conforme sobejamente se sabe”.

Também foi cumprida a exigência de que **a amortização do ágio apurado pela investidora se processe contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição**: a absorção da CC ACQUISITION pela COLUMBIAN justamente possibilitou o emparelhamento de receitas e despesas tecnicamente requerido pelo legislador.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos.

## **5.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO. Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARREIRO. Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL

DE ARAUJO. Assinado digitalmente em 12/03/2016 por RAFAEL VIDAL. Assinado digitalmente em 11/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO. Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA. Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

obstante, em homenagem à jurisprudência deste Tribunal e ao papel de uniformização da CSRF, cumpre enfrentar o presente caso com vistas aos *safe harbours* expostos no subtópico “4.2”.

Em primeiro lugar, é importante repisar que o ágio por expectativa de rentabilidade futura ora em contenda foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente**. A COLUMBIAN foi adquirida pela CC ACQUISITION, sendo que estas pertenciam a partes independentes, quais sejam, PHELPS e Grupo OEP/DC. Tal fato é incontroverso neste processo administrativo.

Também é necessário considerar que, no presente caso, o acórdão *a quo* constatou a presença da **salvaguarda da apuração de ganho de capital pela empresa alienante** (fls. 1940 e seg. do e-processo), *in verbis*:

“Nos casos envolvendo partes independentes, em que ocorre simulação, a exemplo das operações “casa-separa”, um dos objetivos pretendidos com a simulação é o de evitar o ganho de capital por parte do vendedor.

No caso concreto, isto não ocorreu.

Ao abordar os propósitos negociais da operação, salientou ainda a recorrente, em sua defesa, que a estrutura adotada possibilitou a melhor organização dos negócios do investidor estrangeiro e ainda permitiu a alocação, de forma justa, da tributação do ganho de capital auferido em cada uma das jurisdições.

De fato, se a venda da subsidiária brasileira CCB não tivesse sido negociada “em separado”, mas apenas se encontrasse inserida no bojo da alienação internacional da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, não haveria ganho de capital a ser tributado no Brasil, mas tão somente no exterior. Ao adotar o formato contestado pela autoridade fiscal, a tributação do ganho de capital acabou sendo feita em território nacional.

Pelo exposto, concluo que a operação, na forma em que praticada, visou a legítimos interesses empresariais, e não apenas a finalidades exclusivamente tributárias, conforme alegou o fisco.”

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte as aludidas salvaguardas, que corroboram para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

### **5.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.**

Conforme se verificou, **a fórmula operacional básica prescrita pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais**. Não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Assim, ainda que os atos societários praticados tenham sido muito próximos, devem ser **ignorados questionamentos desse jaez para a solução do presente caso**.

Não merecem reparos a observação do acórdão *a quo* (fls. 1941 e seg. do e-processo), *in verbis*:

“O curto espaço de tempo decorrido entre a aquisição da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias, em 16/03/2006, e a incorporação da CC ACQUISITION (Brasil) pela CCB, ocorrida em 14/07/2006, justifica-se na medida em que o objetivo da criação e utilização da CC ACQUISITION (Brasil) pelo grupo OEP/DC Chemical no negócio já fora cumprido.”

Além disso, conforme verificado acima, a constituição da CC ACQUISITION, como uma espécie de **empresa-veículo**, é permitida pelo ordenamento jurídico. O legislador considerou que a adoção de tal expediente é indiferente para a apuração do ágio, de forma que, salvo hipótese de fraude, é **oponível ao fisco a aquisição de investimento relevante por empresa-veículo**, com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, na qual todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária tenham sido cumpridas.

Conforme as questões suscitadas acima, é necessário questionar: por qual fundamento deveria o contribuinte deveria sofrer restrições ao seu direito de auto-organização, não lhe sendo permitida a integralização de capital em empresa brasileira capaz de realizar o seu investimento na COLUMBIAN, com a observância de todas as normas societárias e regulatórias, capaz de implementar tecnicamente a reunião de acervos patrimoniais tecnicamente prescrita pelo legislador. Ou, com olhos ao princípio da igualdade e da livre concorrência, a administração fiscal está utilizando um critério de discriminação válido e legítimo para que tais empresas sejam submetidas a condições desiguais em comparação com outras concorrentes?

Por fim, embora o acórdão *a quo* tenha compreendido que há **propósitos extratributários que justificaram a existência da CC ACQUISITION**, conforme se expôs no item “4.3.3.”, por se tratar de uma *economia de opção* expressamente prescrita pelo legislador ordinário, a viabilização das condições para a execução da *fórmula operacional básica* requerida pela Lei n. 9.532/97 e a consequente amortização fiscal do ágio é razão suficiente para as condutas do contribuinte. Prescinde-se, portanto, de razões extratributárias para legitimar a conduta do contribuinte.

## 6. Conclusões sobre o caso em análise.

No recurso especial interposto pela PFN, ora em análise, foi requerido, entre outras coisas, que esta CSRF decida quanto à validade da utilização de empresa-veículo (CC ACQUISITION), na qual empresas estrangeira integralizem capital social suficiente para a aquisição de investimento relevante em empresas brasileiras. A PFN interpôs o referido recurso em face de acórdão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade do ágio por expectativa de

rentabilidade futura apurado na aquisição da COLUMBIAN, bem como o seu posterior aproveitamento fiscal, com a incorporação da CC ACQUISITION por esta.

Na busca da melhor solução à presente demanda, foram analisados *elementos prescritos pelo legislador como requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio*: **os aludidos requisitos foram atendidos pela contribuinte, o que já seria suficiente para manter incólume o acórdão recorrido, que considerou legítimos os atos praticados pelo contribuinte.**

Também foram analisados elementos que vêm sendo adotados pela jurisprudência do CARF como uma espécie de *safe harbours* em casos semelhantes ao ora em análise: **o contribuinte apresenta características para se valer dos *safe harbours* em questão.**

Embora pessoalmente não considere os referidos elementos determinantes, é eloquente saber que o caso em julgamento preenche uma série de requisitos adotados por respeitados Conselheiros em diversos julgamentos do CARF, os quais militam a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Foram, ainda, investigados elementos que, embora adotados como fundamento em alguns julgados do CARF, são na verdade indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio: **ainda assim, o acórdão a quo reconheceu que o contribuinte apresenta características para se valer desses fundamentos que se prestariam a demonstrar a legitimidade de seus atos.**

Novamente, embora pessoalmente considere os referidos elementos não interfiram em nada para a aferição da legitimidade da amortização fiscal das despesas de ágio, é curioso saber que o caso em julgamento preenche também esses elementos, o que mais uma vez milita a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, não se pode deixar de observar que a norma de dedutibilidade das despesas de ágio, prescrita pelos arts. 7 e 8 Lei n. 9.532/97, não discrimina o capital originalmente estrangeiro que venha a ser integralizado em empresas brasileiras para a aquisição de investimentos em outras empresas nacionais. Como se expôs acima, se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de ***segurança jurídica*** para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Ao concluir no caso em análise que investidores estrangeiros não podem constituir uma pessoa jurídica no Brasil, integralizando-lhe capital para adquirir investimento em outra empresa brasileira com efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura e, então, executar a *fórmula* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, este Tribunal, *permissa venia*, adota interpretação que restaura e agrava o ambiente de ***insegurança jurídica e desconfiança*** no sistema jurídico brasileiro, com inevitáveis danos ao País.

Por todo o exposto, *permissa venia* aos julgadores que compreenderam de forma diversa, deve ser negado provimento ao recurso especial da PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto, a fim de que se mantenha a acertada decisão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade e dedutibilidade das despesas de amortização de ágio pelo contribuinte. É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Conselheiro Luís Flávio Neto

## **Declaração de Voto - Mérito**

### **Conselheiro André Mendes de Moura**

A princípio, registro minha plena concordância com os fundamentos e conclusões expostos no voto do relator e i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, de clareza e didática habituais que muito poucos logram fazer.

A presente declaração de voto é escrita em face dos debates ocorridos no decorrer da sessão de julgamento, sendo que entendo ser importante registrar os fundamentos e argumentos apresentados, para fins de memória e esclarecimento sobre os motivos do meu voto.

Fato é que, com o retorno das sessões de julgamento no CARF, estão sendo colocados em pauta processos de suma importância, inclusive na Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Dentre os julgamentos que mais tem atraído o interesse, tanto pela natureza da matéria, quanto pelos valores de crédito tributário envolvidos, estão os que tratam do denominado "ágio", previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e o art. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977.

### **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.

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

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

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

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, o art. 7º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizou 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 A, 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 A (investidora) e a empresa C (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar a mesma universalidade. Por exemplo, a empresa A incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa A. 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>61</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.

De qualquer forma, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, anterior às Leis nº 11.638, de 2007 e 12.973, de 13/05/2014, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária** em vigor à época dos fatos sob análise.

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

### **Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida**

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.

Na realidade, **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).**

**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).*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em

04/04/2016 por CARLOS ALBERTO DE MOURA NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

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

Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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.

### **Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida**

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

Na realidade, vale discorrer sobre o contexto **histórico** em que se deu o permissivo para o aproveitamento do ágio nessa segunda situação.

Iniciamos pela Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>62</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.*

Vale observar que, sob a égide do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, vários contribuintes consideravam os eventos de incorporação, fusão ou cisão análogos à alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V).

A doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER<sup>63</sup> discorre, com precisão:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista<sup>64</sup> que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997:

<sup>63</sup> SCHOUER, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e seqs.

<sup>64</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 04/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Acesso em 15/02/2016.

2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado d

igitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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 sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida. Nota-se que em diversas oportunidades o ágio, ao ser considerado custo, era aproveitado integralmente, no ato da liquidação do investimento.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que a normatização prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 teria concebido o aproveitamento do ágio não como uma despesa, mas sim na condição de um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, 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 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.

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 à conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*

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

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

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

### **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>65</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.

### **Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente**

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

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

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

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

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

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

---

<sup>65</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).

Tratam-se de operações especificamente 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, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são 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, 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.

### **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 66.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>67</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

### Consolidação

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 21/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Naturalmente, a cognição para verificar se a amortização do ágio passa, **primeiro**, por verificar se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, e, **segundo**, verificar 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 no momento situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que possam 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? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem decidiu adquirir um investimento com sobrepreço? 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) efetuou 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, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, depois da pessoa jurídica D que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

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

Trata-se 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, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada 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.

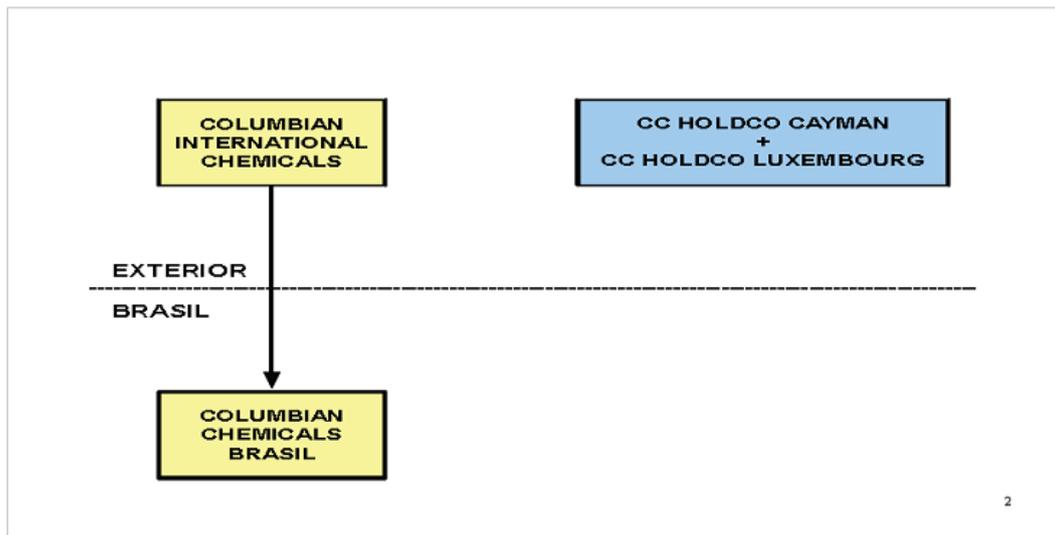
### Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

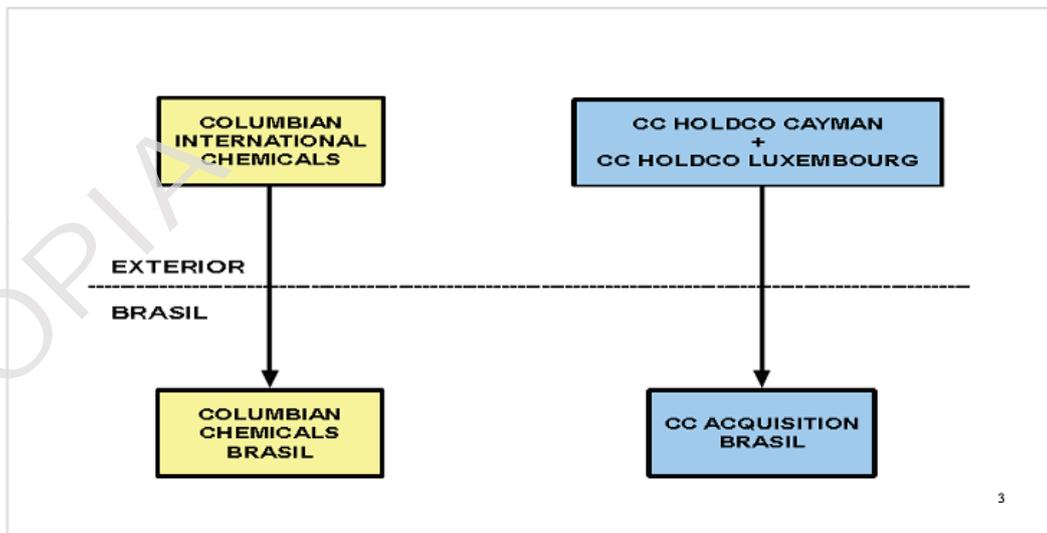
Peço vênia para transcrever o disposto no Relatório Fiscal (bem detalhado e escrito), inclusive os gráficos elucidativos e didáticos.

Os fatos são narrados em ordem cronológica:

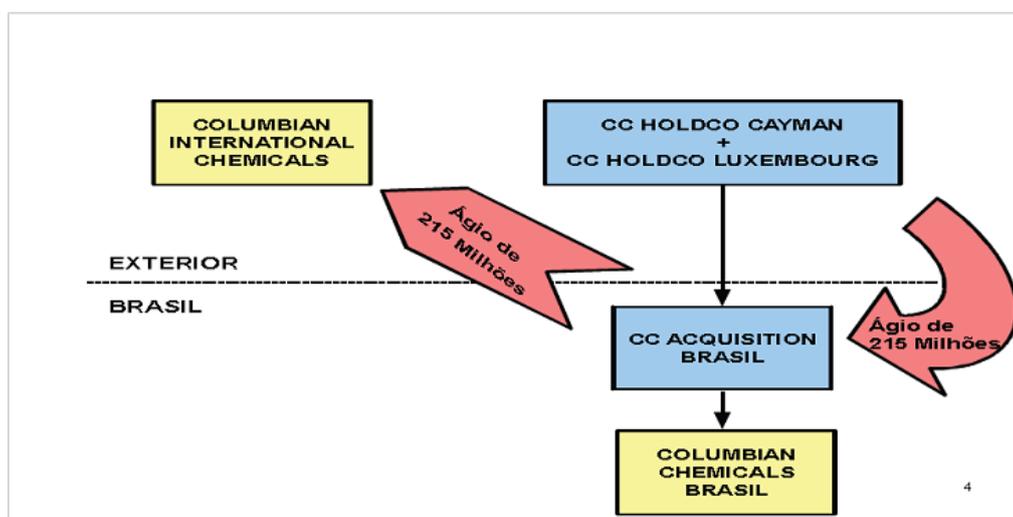
1º) a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.



2º) Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.AR.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).



3º) Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., do ágio no valor de R\$215.159.478,40, referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.



BRASIL LTDA. que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

Observa-se que, em brevíssimo lapso temporal, foi constituída a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA (06/02/2006), para em seguida (16/06/2006) ter seu capital social integralizado pelas suas sócias CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, mediante aporte financeiro em dinheiro e mútuo, e, ato contínuo, no mesmo dia (16/06/2006), a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA adquirir a participação societária da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, mediante pagamento com ágio para a alienante COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.

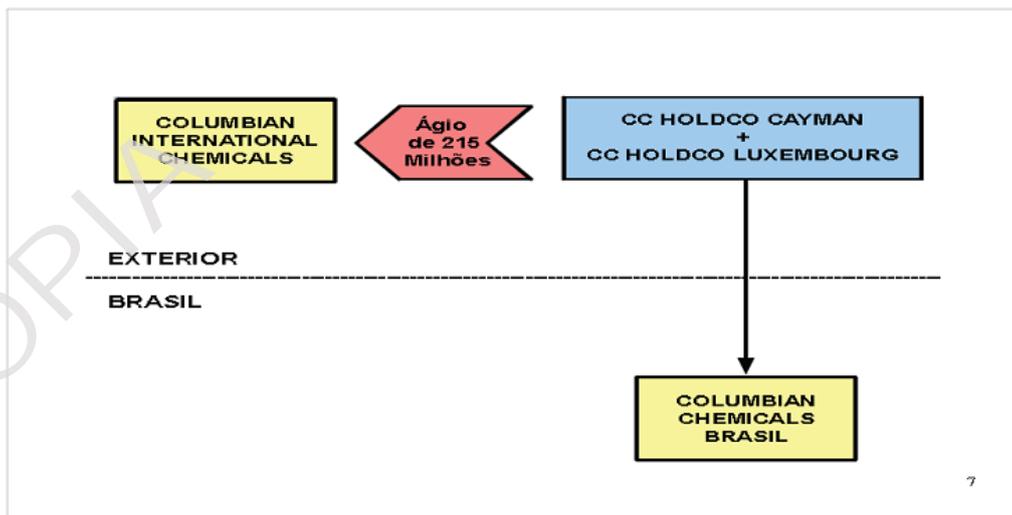
E, em 14/07/2006, a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA incorpora a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA e passa a amortizar o ágio de R\$215.159.478,40.

Diante de todo o escrito no presente voto, nota-se a construção artificial empreendida pelo sujeito passivo para se enquadrar na hipótese de incidência permissiva do aproveitamento do ágio.

Não é preciso nenhum esforço para perceber que a adquirente, a **pessoa jurídica investidora**, foram as sócias CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.AR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD. E que a **pessoa jurídica investida** foi a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E não poderia ter sido mais clara a autoridade fiscal, ao entender que a real operação econômica ocorrida foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.ÀR.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40.

A representação gráfica não deixa dúvidas sobre quem é, de fato, a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida, cuja amortização do ágio só poderia se dar mediante a absorção do patrimônio de uma pela outra:



E o relator i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão sepultou a questão:

*Não, porém, quando se constata que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratou-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.*

*Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO). O que se aplica à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mesmo porque não se vislumbra a possibilidade de tratamento diferenciado neste caso.*

A construção artificial empreendida, mediante utilização de empresa sem nenhuma substância (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA), que foi capitalizada para adquirir investimento com ágio, não lhe confere a condição de pessoa jurídica investidora. E, tendo a confusão patrimonial se consumado entre a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA e a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, não restou aperfeiçoada a hipótese de incidência prevista na norma, que exige, com clareza, a absorção do patrimônio compreendida entre pessoa jurídica investidora e pessoa jurídica investida, ou vice versa, o que não ocorreu no caso em análise.

Pelas razões expostas, não tenho nenhum reparo a fazer no voto do relator, razão pela qual voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 11/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 15/03/2016 por RONALDO APELBAUM, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 03/03/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO  
Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10845.722254/2011-65  
Acórdão n.º **9101-002.213**

**CSRF-T1**  
Fl. 2.171

---

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura

CÓPIA