



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

Processo n° 11080.723273/2009-46
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.422 – 1ª Turma
Sessão de 17 de agosto de 2016
Matéria IRPJ - Glosa de Despesa de Amortização de Ágio
Recorrente AGROFEL AGRO COMERCIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

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

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

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

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

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Nathalia Correia Pompeu e Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(Assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente em Exercício.

(Assinado digitalmente)

LUÍS FLÁVIO NETO - Relator.

(Assinado digitalmente)

ANDRE MENDES DE MOURA – Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO (Presidente em Exercício), ANDRE MENDES DE MOURA, ADRIANA GOMES REGO, RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, MARCOS ANTONIO NEPOMUCENO FEITOSA (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), LUIS FLÁVIO NETO, CRISTIANE SILVA COSTA, NATHÁLIA CORREIA POMPEU.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por **AGROFEL AGRO COMERCIAL LTDA** (doravante “**AGROFEL**”, “**recorrente**” ou “**contribuinte**”), em face do acórdão nº **1202-000.954** (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara (doravante “**Turma a quo**”).

O presente processo administrativo tem como objeto o questionamento, pelo contribuinte, da glosa de despesas com amortização de ágio, acrescidos da multa de 75% e de juros. Conforme se colhe do acórdão recorrido, a autuação fiscal em tela foi lavrada em face de operação de reestruturação societária levada a termo no âmbito do grupo empresarial a que pertence a recorrente, com as seguintes imputações (**fls. 1.472 do e-processo**), *in verbis*:

“A contribuinte Agrofel Agro Comercial Ltda.- “Agrofel” teve contra si iniciado procedimento fiscal, com vistas à apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ no período de apuração de janeiro/2004 a dezembro/2006. O aludido procedimento fiscal culminou com a lavratura de Auto de Infração de IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, com os valores de R\$ 23.921.891,82 e R\$ 8.648.601,70, já com o acréscimo de multa de 75% e juros moratórios.

Conforme consta do Relatório Fiscal, a autuação foi baseada em operação societária que envolveu a recorrente, a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda. (CNPJ 89.286.116/0001-16) – “Ferrarin” e a WF Participações Ltda. (06.100.138/001-49) – “WF”, todas empresas do mesmo grupo econômico.

Nesse caso, houve uma reorganização societária, onde foi criada a empresa WF, cujo capital foi integralizado com o valor da participação da empresa Ferrarin

na empresa Agrofel, e durante o período de existência da WF, esta foi a controladora da Agrofel.

A operação societária, segundo apurado pela fiscalização, tinha o escopo de gerar um ágio em determinada empresa e transferi-lo para outra, do mesmo grupo, para permitir a amortização imediata de tal ágio, gerado a partir da avaliação das quotas - de onde se integralizou o capital - com base na rentabilidade futura a partir do método do fluxo de caixa descontado.

Transcrevo do relatório da DRJ extraído do relatório fiscal os passos que conduziram a aludida reorganização:

- A Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda. era controladora da Agrofel, com 80% das cotas de capital, Toni Ferrarin detinha 10% das cotas de capital e os outros 10% estavam em ações em tesouraria.

- em dezembro de 2003, a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin, juntamente com Wilson Natal Ferrarin, constitui a WF Participações, na qual integralizou capital com as quotas que detinha na Agrofel.

- A WF passou a ser controladora da Agrofel com 80% do capital social, Toni Ferrarin 10% e em tesouraria 10%, enquanto que a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin controlava a WF com 99,99% do capital social. Como as cotas de capital da Agrofel foram transferidas para a WF a preço de mercado, foi contabilizado um ágio na WF.

- A WF passou a ser controladora da Agrofel e controlada pela Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin.

- Como as quotas da Agrofel foram transferidas para a WF a preço de mercado, foi contabilizado um ágio na WF.

- Em maio de 2004, poucos meses após sua constituição, a WF foi incorporada pela Agrofel (operação conhecida como incorporação reversa, na qual a controlada incorpora a controladora), transferindo o ágio para a fiscalizada, que passou a amortizá-lo de imediato, à taxa de 1/60 ao mês.

- O quadro societário da Agrofel depois que esta incorporou a WF ficou da seguinte forma: Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin com 95,53% do capital social; Toni Ferrarin com 2,23%; Wilson Ferrarin com 0,01% e em tesouraria 2,23% da cotas de capital.

Dessa forma, restou extinta a WF Participações Ltda cinco meses depois de sua constituição, período no qual não praticou qualquer operação e não registrou em sua contabilidade nada além dos lançamentos vinculados à sua constituição e à sua extinção por incorporação, caracterizando sua utilização como “empresa veículo”, constituída unicamente para gerar ágio interno (dentro do próprio grupo Ferrarin) e transferi-lo à Agrofel, que usufruiu o benefício fiscal por meio de amortizações.”

O contribuinte apresentou, então, impugnação administrativa, a qual foi julgada improcedente, o que a levou à interposição de recurso voluntário. Ao julgá-lo, a Turma *a quo* proferiu o acórdão recorrido, que decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento fiscal e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recorrido restou assim ementado (**fls. 1.470 e seg. do e-processo**):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Exercício: 2005, 2006
NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRENCIA.
Não verificado que cerceamento do direito de defesa, descabe falar em nulidade do auto de infração, quando presentes no lançamento os elementos do artigo 10 do Decreto no 70.235, de 1972 e alterações, e do artigo 142 do CTN.
DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.
O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem aumento real do patrimônio e sem alteração do controle das sociedades envolvidas, e a utilização de sociedade veículo, de curta duração, constituem prova da artificialidade do ágio e impedem sua dedução na apuração do resultado tributário.

O contribuinte opôs embargos de declaração em face da referida decisão (**fls. 1.521 e seg. do e-processo**), os quais foram conhecidos, mas não providos.

Nesse seguir, então, o contribuinte interpôs recurso especial, arguindo a divergência do acórdão *a quo* em relação ao acórdão n. 1101.00708 (**fls. 1.564 e seg. do e-processo**), que teria considerado válida a amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária de parte relacionada. Repisando os argumentos suscitados no decorrer do processo administrativo, o contribuinte alega ofensa à Lei n. 9.532/97 e a legitimidade das operações realizadas.

O despacho de admissibilidade conheceu integralmente o recurso especial do contribuinte (**fls. 1.671 e seg. do e-processo**).

Sobre essa matéria, a PFN apresentou contrarrazões ao recurso especial do contribuinte (**fls. 1.679 e seg. do e-processo**), requerendo seja este desprovido, com a manutenção do acórdão recorrido.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Em seu recurso especial, o contribuinte apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF. Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial, concluindo corretamente quanto à legitimidade de seu integral conhecimento (**fls. 1.671 e seg. do e-processo**).

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

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

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

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do “ágio” referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *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 empresas (investidoras)**. No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

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

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

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

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

“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 detivessem investimentos em controladas ou coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, deveriam desdobrar o custo destas em: **(i)** valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e; **(ii)** ágio ou deságio eventualmente presente na aludida aquisição:

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

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

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

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

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

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

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a

aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

O ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente da empresa investidora, na conta de investimento (ativo diferido), seria amortizado mediante débito ou crédito em seu lucro líquido. A referida amortização, no entanto, seria meramente contábil, não podendo (ainda) gerar efeitos fiscais. Ainda do ponto de vista da contabilidade, vale observar que o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise.

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

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

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

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

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

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

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

Art. 7º. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida

com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração³;

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:

³ Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

- 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.

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

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

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

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

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

A Lei n. 12.973/2014 prescreveu a regra de que operações de aquisição de participação acionária entre partes dependentes não devem ter efeitos fiscais para fins

amortização de ágio. **Contudo, o presente caso não é regido por essa Lei, tendo em vista que os fatos se reportam a período muito anterior à sua edição.**

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

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

Assim como operações realizadas entre partes independentes societariamente podem se revelar artificiais (com conluio, por exemplo), quando se está diante de operações rotuladas de “*ágio interno*”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “*válido*” ou “*inválido*”. Enquanto o primeiro, *ágio interno válido*, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, o *ágio interno inválido* não gera qualquer direito à dedutibilidade dessas despesas. Nas ponderadas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA⁴, “*há ágios internos e ‘ágios internos’*”.

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

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

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

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

Sob a perspectiva da contabilidade, ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS⁵ 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

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

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

do que seja “entidade”. Esclarecem os professores que, enquanto países como EUA adotam a tradição da elaboração de balanços consolidados, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

O argumento contábil, então, restringe substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. A partir de tal constatação, LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA⁶ acertadamente suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de *ágio interno artificial*, desde que, evidentemente, resta caracterizada a *simulação* da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

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

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

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

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

Um bom exemplo pode ser colhido da sistemática dos preços de transferência prevista pela Lei n. 9.430/96, aplicável exclusivamente na hipóteses “operações efetuadas com pessoa vinculada” (art. 18). Como não poderia ser diferente, em seu art. 23, a da Lei n.

⁶ 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.

9.430/96 expressamente prescreve os critérios para que os contribuintes e a administração fiscal identifiquem quando há e quando não há *vinculação* entre as partes envolvidas na operação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como é sabido, no período dos fatos geradores atinentes ao presente caso, vigia norma segundo a qual “apenas” seriam relevante os seguintes critérios para se aferir a possibilidade ou não da amortização fiscal do ágio: **(i)** aquisição de investimento em pessoa jurídica com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; **(ii)** fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; **(iii)** desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; **(iv)** absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou *vice-versa*), de forma que a amortização do ágio se processe contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição) e, ainda, **(v)** deve ser respeitado o limite quantitativo de 1/60 ao mês para a amortização do ágio.

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

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

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

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

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

Em relação a esse requisito, o que distingue o *ágio interno válido* do *ágio interno inválido* é a artificialidade das operações realizadas. O *ágio interno válido* pressupõe que a avaliação das ações, pois se mentirosa fosse, estar-se-ia simulando o sacrifício

econômico que corresponde ao requisito **(ii)** para a amortização fiscal do ágio. Diante da simulação da transmissão desses direitos que, na verdade, inexistem, não há como admitir-se a apurado e amortizado fiscal do ágio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não**

resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

(Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

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

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

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

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

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

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

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

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

As decisões do CARF até o fim do século XX apresentavam duas características fundamentais quanto à simulação: (i) a simulação seria um *vício de consentimento*, cuja mácula consistiria na divergência entre a *vontade interna*, subjetiva, e a *vontade declarada*; (ii) seria exigida a demonstração dos atos realizados às escuras, divergentes daqueles levados ao público.⁷ Assim, no acórdão n. 01-01857, de 15.05.95, julgado pela CSRF⁸, foram refutadas as alegações de simulação formuladas pela fiscalização, tendo em vista a inexistência de provas de que a vontade das partes, levada a cabo nos documentos formulados para uma incorporação, seria contraditória com a vontade íntima efetivamente presente.

Contudo, FABIO PIOVESAN BOZZA⁹ sugere que, desde meados de 2005, a concepção de *simulação* no âmbito do CARF teria se tornado preponderantemente *causalista*, com contraposição à postura *voluntarista* até então. O elemento fundamental para a caracterização da simulação não seria mais a divergência subjetiva, entre a vontade interna das partes e a manifestada nos negócios realizados. O foco, a partir de então, passaria a ser a incompatibilidade objetiva entre o modelo adotado nas operações realizadas para o negócio supostamente pretendido pelas partes.

A partir daí, embora não se possa dizer que seja estanque a referida divisão, em muitos julgamentos passaram a ser despidiendas as provas quanto à verdadeira vontade das partes ou da prática de atos às escondidas (*modelo subjetivo*). Em vez disso, pelo *modelo objetivo*, passaram a ter lugar deduções lógicas decorrentes de indícios dos mais variados, vocacionados a demonstrar a divergência do negócio realizado com a sua causa típica. Paradoxalmente, observa FABIO PIOVESAN BOZZA¹⁰, “o conceito objetivo de simulação tornou-se de aplicação subjetiva”.

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

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

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

§ 1. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

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

⁸ CAREF, CSRF, acórdão n. 01-01857, de 15.05.95.

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

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

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

Desse modo, no âmbito do Direito civil e, por remissão do legislador complementar, também do Direito tributário, são reais e existentes atos de transmissão de direitos que efetivamente façam com que seja alterado o titular de direitos e obrigações de um determinado acerto patrimonial. Operações que apenas *simulam* essa transmissão devem ser transparentes aos olhos da fiscalização tributária. Já operações que ocultam a prática de outro negócio jurídico devem ser desmascaradas: inoponível, a operação dissimulada, por transparente aos olhos do fisco, conduz a que se desvende a operação verdadeira que se procurou ocultar, à qual devem ser aplicadas as consequências tributárias correspondentes à espécie.

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

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

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002
Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. **ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE.** Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio.

BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados. (LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

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

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

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

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

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

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

Dos sistemas jurídicos estrangeiros percebe-se, ainda, influxo dos Poderes Legislativo e Judiciário na edificação de normas jurídicas de delimitação da intolerância a planejamentos tributários qualificados como abusivos. Países com tradição no *civil law*, em que normas de reação ao abuso no planejamento tributário são prescritas pelo Legislador, encontram no Poder Judiciário um agente competente para aperfeiçoar o conceito de “abuso”, como ilustram alguns exemplos. Na Alemanha, embora o legislador tenha tutelado ativamente a *norma de reação ao abuso de formas*, o Poder Judiciário tem sido decisivo no estabelecimento de testes para a delimitação do conceito de “abuso” (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1919, 1931, 1977 e 2007). Na França, berço da teoria da intolerância ao *abuso do direito*, o Legislador tem sido igualmente ativo, embora o Poder Judiciário também tenha sido decisivo para a evolução da GAAR vigente naquele país, como se observa do conhecido caso JANFIN¹¹, cuja decisão foi recentemente acolhida pelo legislador francês (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1940, 1963, 1987 e 2008).

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

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

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

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

A Constituição Federal brasileira de 1988 traz consigo um sistema tributário peculiar: ao contrário de muitos outros ordenamentos, prescreve de forma analítica e detalhada princípios, arquétipos e regramentos para o Direito tributário¹². Não seria de se estranhar que o Legislador Constitucional houvesse se preocupado com o controle do *planejamento tributário*,

¹¹FRANÇA. Corte de Cassação. Caso Sté Janfin, n. 260050, 2006.

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

prescrevendo dispositivo com o objetivo de tutelar a matéria. Em tese, essa questão pode ser relevante ao julgador administrativo, sem prejuízo da Súmula n. 2 do CARF. Se houvesse uma norma constitucional de aplicação imediata, com limites objetivos ao planejamento tributário, a fiscalização poderia encontrar fundamento na Constituição Federal para a desconsideração de planejamentos tributários considerados *abusivos*.

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

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

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

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

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

Isso significa que o legislador competente não considera o conceito de “simulação”, tal como prescrito pelo Direito civil, tão estreito a ponto de permitir atos

que não deveriam ser tolerados, nem tão amplo a ponto de permitir arbitrariedades por parte do fisco. O legislador tributário complementar, desde a edição do CTN (anos 60) até hoje, considera suficiente a intolerância da administração fiscal à prática de atos simulados, reconhecendo-se a legitimidade das demais práticas.

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

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

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

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

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

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

Nessa fase processual, compreendo que a competência atribuída aos Conselheiros deste Colegiado consiste em adotar uma das seguintes soluções:

- verificar os fatos ventilados no acórdão recorrido e, aferindo-se qualificação positiva da “simulação”, reconhecer como correta decisão que tenha mantido o lançamento tributário que assim qualificou os atos praticados pelo contribuinte;
- verificar os fatos ventilados no acórdão recorrido e, aferindo-se a ausência de “simulação”, reconhecer como correta decisão que tenha cancelado o lançamento tributário;
- verificar que não há elementos suficientes para aferir se foram praticados ou não atos simulados e, portanto, reconhecer como correta decisão que tenha cancelado o lançamento tributário.

3. Aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

Para a solução do caso concreto, conforme fundamentos acima expostos, é preciso verificar as evidências aferidas no acórdão *a quo*, a fim de verificar a prática de atos simulados pelo contribuinte, engendrados com o dolo de evadir tributos, o que ensejaria inadmissibilidade da amortização das despesas com ágio e todas as demais consequências.

Não se deve adotar, contudo, a premissa de que operações realizadas entre partes dependentes sejam sempre reputadas como inválidas e inoponíveis ao fisco. *Permissa maxima venia*, o voto vencedor do acórdão recorrido incorre nesse equívoco, ao fundamentar as suas conclusões da forma que segue, *in verbis* (fl. 1.494 do e-processo):

“A transação onerosa com terceiros, ou seja, entre empresas não ligadas entre si, é pressuposto da geração de ágio e decorre da lei. A leitura que se faz do art. 7º da Lei nº 9.532/97, combinado com o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, implica na verificação de ágio dedutível apenas quando formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

(...)

Cabe ressaltar que a obrigatoriedade de propósito comercial nas operações realizadas pelas pessoas jurídicas que têm como objetivo principal a realização de atividade lucrativa decorre dos princípios da boa-fé que as partes devem ter quando negociam entre si, bem como da função social de todos os contratos, como se extrai dos arts 421 e 422 do Código Civil. A ausência desses requisitos intrínsecos compromete a validade dos atos e negócios jurídicos. Não poderia ser diferente na seara tributária.

Ademais, para fins tributários, a ocorrência de fato gerador independe “da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”, a teor do art. 118, inciso I, do CTN.

Desde o marco no tema "planejamento tributário" representado pela obra de Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004), a jurisprudência tem considerado como ponto fulcral da análise do planejamento sua oponibilidade ou inoponibilidade ao fisco.

Assim, a necessidade de uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio deve ser considerada no exame das operações de reorganização societária, para fins de incidência tributária, já que tais operações podem ser utilizadas como instrumento de planejamento tributário, desde que demonstrados os

fundamentos econômicos da operação, o que, definitivamente, não ocorre quando se adquire de partes interligadas e sem qualquer desembolso financeiro. O ágio em análise teve por fundamento a rentabilidade futura, com lastro no laudo de avaliação apresentado pela recorrente, referente ao patrimônio da investida. Ocorre que o papel do laudo de avaliação não é relevante, nesse caso, pois não é o documento que gera o ágio. A rentabilidade futura deve ser passível de ser verificada no caso concreto, o que fica prejudicado quando se tratam de empresas inter-relacionadas.

No presente caso, o artificialismo da geração do ágio decorre da verificação de diversas situações que comprometem sua validade. Nesse sentido, as operações realizadas em datas muito próximas, e com a participação de empresa veículo, além de denotar ausência de propósito negocial e de substrato econômico, reforçam o vínculo entre as envolvidas no processo de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio sob exame.

(...)

Diante de todo o exposto, outra não pode ser a conclusão senão que a única diferença em relação ao resultado líquido obtido antes e após a operação de incorporação realizada entre empresas do mesmo grupo econômico, com a utilização de uma empresa veículo (a holding) foi justamente o pretense direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL na empresa final (a recorrente).

Assim, por lhe faltar propósito negocial e fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.”

O acórdão recorrido é composto pelo voto vencido, proferido pela i. Conselheira relatora, e pelo voto vencedor. O voto vencido, embora não tenha sido acolhido pela maioria do colegiado, apresenta relevantes considerações quanto às peculiaridades do caso concreto, *in verbis* (fls. 1.484 e seg. do e-processo):

“A recorrente, por sua vez, trouxe aos Autos, tanto na sua Impugnação como no seu Recurso Voluntário, suas justificativas econômicas e societárias para a reorganização que realizou, qual seja: (i) deixar a “Agrofel” pronta para ser totalmente vendida; ou, (ii) como segunda alternativa, a obtenção de um sócio ou parceiro comercial para a formação de uma *joint venture*. A recorrente esclarece e comprova que a “Ferrarin” possuía parcelamentos tributários e também imóveis que não seriam incluídos na negociação, assim, a constituição da “WF” se deu para que esses itens ficassem fora das possíveis negociações de venda ou de ingresso de novos sócios, ou mesmo que o parcelamento prejudicasse a valorização do investimento a ser vendido.

A “WF”, assim, foi criada como uma *holding* de modo a receber os ativos e passivos que fariam parte da negociação, foi essa a forma escolhida para excluir determinados itens da negociação mediante a venda ou formação de uma *joint venture*. Como a intenção do Grupo era buscar novos sócios ou vender a empresa que a “WF” controlava – a “Agrofel”, deu-se a capitalização da mesma com quotas da “Agrofel”, que poderia ser ou não a valor de mercado. A alternativa da avaliação de mercado tinha outro resultado a ser considerado que é o diferimento do ganho para o momento da realização, nos termos do artigo 36 da Lei no 10.637/2002, vigente à época.

A recorrente, como comprovação de sua intenção de venda ou formação de *joint venture*, trouxe aos autos:

- o “Contrato de Assessoria Financeira” celebrado com a Artesia Gestão de Recursos (“Artesia”), cujo objeto era a captação de investidores, esclarecendo assim a intenção do Grupo nas próprias cláusulas contratuais. Como resultado

dessa prestação de serviços, foram anexados laudos e pareceres técnicos, bem como memorandos contendo o estágio das negociações com investidores interessados na aquisição;

- o contrato celebrado com o Banco Unibanco para a prospecção de investidores ou compradores para a contribuinte. Isto é, contrato com terceiro para a venda ou formação de *joint venture*; e,
- a negociação de saída que feita com os Diretores Financeiro e Comercial para o momento em que o controle da empresa fosse vendido.”

(...)

Não há dúvidas, assim, que o ágio obtido por intermédio da constituição da “WF” com quotas da “Agrofel” tem seu fundamento legal no artigo 36 da Lei nº 10.637/2002. Ademais, também a Lei das S/A aceita a integralização do capital a valor contábil ou a valor de mercado, desde que adequadamente documentado, que é o que embasou o Laudo de Avaliação apresentado.

(...)

Por todo o exposto, a glosa deve ser revertida uma vez que, além de seguir os ditames legais, também há motivos societários, econômicos e negociais para a reestruturação realizada, e, não se resume ao único objetivo de reduzir tributo. Portanto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso.”

Compreendo assistir razão ao contribuinte quando sustenta não estar caracterizada a prática de atos simulados capazes de tornar inoponíveis, sob a perspectiva tributária, os efeitos jurídicos das operações realizadas. O que restou caracterizado, até aqui, foi a aquisição de investimento em pessoa jurídica, com sacrifícios econômicos correspondentes às ações integralizadas, bem como sobrepreço (ágio) incorrido, fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, devidamente demonstrado por laudo de avaliação incontroverso nestes autos.

Também foi cumprida a exigência do efetivo desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura. 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.

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

É fundamental repisar que, até a edição da Lei n. 12.973/2014, o legislador passou a vedar a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes. **Contudo, tal vedação não existia anteriormente, período em que o legislador apenas combatia operações artificiais, simuladas.**

Três fatores devem, ainda, ser frisados.

Primeiro, no auto de infração ora sob julgamento, não foi adequadamente imputada ao contribuinte a prática de atos dolosos para a prática de fraude, sonegação ou conluio. Tratando-se de questão desta envergadura, deve ser indubitável a imputação de tais vícios.

A ausência da caracterização de tais elementos fica clara quando se observa que **não foi imputada a multa de 150% no auto de infração**. Nesse cenário, tomados como

verdadeiros os atos praticados, bem como que todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos, deve-se concluir que a amortização do ágio foi regularmente realizada.

Note-se que a desconsideração dos negócios jurídicos não é dependente da aplicação de multa de 150%. Contudo, tanto a desconsideração dos efeitos jurídicos das operações praticadas quanto a aplicação da multa qualificada têm como pressuposto a prática de atos praticados com o dolo da evasão de tributos, no caso, simulados.

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

Terceiro, é necessário considerar que, conforme se constata do acórdão recorrido, **houve a adequada apuração de ganho de capital na operação**, o que corrobora para a solução do presente caso. O referido ganho de capital foi apurado e diferido, nos termos da Lei n. 10.637/2002.

Note-se que, para sustentar o seu argumento, a PFN aduz que as operações realizadas por pessoas jurídicas diferentes, mas relacionadas, tal como a que se verifica no presente caso, corresponderiam *uma operação consigo mesmo*. Por coerência, então, não se pode argumentar, simultaneamente, ser indiferente o ganho de capital apurado dentro dos grupo empresarial nos termos da legislação vigente (Lei n. 10.637/2002).

Considero particularmente irrelevante, para fins de decisão, se houve o recolhimento de uma guia DARF deste ganho de capital apurado, o que é uma questão financeira, que não integra a relação jurídica sob julgamento. Não obstante, no caso, a empresa alienante obedeceu o quanto prescrito pela Lei n. 10.637/2002, que estabeleceu o diferimento do referido ganho de capital apurado, o que, conforme se viu, é mais um elemento que milita a seu favor.

4. Dispositivo do voto.

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte, para afastar a glosa de despesas com a amortização fiscal do ágio, bem como a correspondente multa e demais acessórios.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Luís Flávio Neto - relator

Voto Vencedor

Em relação à matéria dedutibilidade do ágio interno, vale discorrer sobre o assunto com maior detalhamento.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹³. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em

coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que

esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão¹⁴.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁵, 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,

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

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

mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁶ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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 Mista¹⁷ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na

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

¹⁷ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

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

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um

sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹⁸.

¹⁸ 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).

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 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).

normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁹.

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.

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

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 o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a

confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI²⁰, 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.**

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

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

²⁰ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento

para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

10. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

As operações em análise envolvem a Contribuinte (AGROFEL AGRO COMERCIAL LTDA, "AGROFEL"), a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda. ("FERRARIN") e a WF Participações Ltda. ("WF"), todas empresas do mesmo grupo econômico.

Vale apreciar a sequência dos fatos:

1º) a FERRARIN era controladora da AGROFEL;

2º) em dezembro de 2003, as ações da AGROFEL foram reavaliadas, consumando-se a criação do ágio, e ao mesmo tempo foi criada a WF, cujo capital social foi integralizado pela FERRARIN com as ações reavaliadas da AGROFEL;

3º) a estrutura societária passou a ser a seguinte: FERRARIN controladora direta da WF, WF controladora direta da AGROFEL. A WF contabilizou o investimento e o ágio (da reavaliação) que passou a deter na AGROFEL;

4º) em maio de 2004, a AGROFEL incorporou a WF, e passou a aproveitar a despesa de amortização do ágio, decorrente da reavaliação das suas próprias ações.

Nota-se que a **pessoa jurídica investidora** FERRARIN (empresa que detinha o investimento - empresa AGROFEL) integralizou o capital da WF, utilizando-se das ações por ela reavaliadas da AGROFEL (**pessoa jurídica investida**).

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

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

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

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

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

Vale reproduzir excerto da decisão recorrida:

Numa reorganização societária, deve haver consistência entre o motivo propulsor, o ato de criação do ágio em si e o resultado pretendido. Assim, o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem um propósito econômico real e um efetivo substrato econômico, concomitantemente.

No presente caso, a fiscalização glosou as despesas de ágio após concluir que o ágio deduzido pela Recorrente não resultou de operação onerosa com terceiros, envolvendo pagamento, e sim de operação entre empresas do mesmo grupo econômico, com a participação de empresa veículo, em que houve mera reavaliação de ações.

Uma análise da cronologia dos fatos deixa claro que houve a criação de uma empresa veículo (WF), por empresas e pessoas relacionadas ao grupo Ferrarin, para registro de um ágio. Essa empresa veículo (WF) passou a ser controladora da Agrofel (ora recorrente) com 80% do capital social, tendo contabilizado ágio pela integralização de cotas de capital da Agrofel transferidas a preço de mercado. Cinco meses após, a mesma WF foi incorporada pela Agrofel que pretende aproveitar as despesas de amortização desse ágio.

Se antes das alterações societárias, a Agrofel era controlada pela Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda., com 80% das cotas de capital, Toni Ferrarin detinha 10% das cotas de capital e os outros 10% estavam em ações em tesouraria, após as alterações, o quadro societário da recorrente passou a ser: Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin com 95,53% do capital social; Toni Ferrarin com 2,23%; Wilson Ferrarin com 0,01% e em tesouraria 2,23% da cotas de capital.

Veja-se que, ao final do ciclo de alterações societárias, houve um mero incremento na participação societária da controladora da Agrofel. Em momento algum, houve ingresso de recursos de terceiros alheios ao grupo Ferrarin, inexistindo um efetivo incremento patrimonial a justificar a contabilização e o aproveitamento, para fins tributários, do ágio gerado internamente.

Enfim, conforme item 8 do voto, operações tomando por base o disposto no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002 (que foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005), **não tem nenhuma repercussão** na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

Processo nº 11080.723273/2009-46
Acórdão n.º **9101-002.422**

CSRF-T1
Fl. 1.746

11. Conclusão

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

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator