



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

**Processo n°** 12448.724782/2012-48  
**Recurso n°** Especial do Contribuinte  
**Acórdão n°** 9101-003.006 – 1ª Turma  
**Sessão de** 08 de agosto de 2017  
**Matéria** Legitimidade de aproveitamento fiscal da amortização de ágio.  
**Recorrente** ECISA PARTICIPAÇÕES LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

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

Ano-calendário: 2007, 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Luís Flávio Neto. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Lívia de Carli Germano (suplente convocada).

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Gerson Macedo Guerra, Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte ECISA PARTICIPAÇÕES LTDA em 06/07/2015, com fundamento nos arts. 64, inciso II, 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), em que se alega a existência de divergências jurisprudenciais acerca da legitimidade de aproveitamento fiscal da amortização de ágio (art. 386, inciso III do RIR/99).

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1402-001.949 (e-fls. 981/1014), de 24/03/2015, por meio do qual os membros da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício, e, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008

**PROVA. REORGANIZAÇÕES QUE LEVAM AO MESMO RESULTADO TRIBUTÁRIO. CORRELAÇÃO DE LICITUDES. INEXISTÊNCIA.**

O simples fato de existir uma reorganização societária lícita que não utiliza empresa veículo não fundamenta adequadamente a conclusão de que outra

forma de reorganização é lícita ou ilícita, utilize ela ou não aquele tipo de empresa, chegue ou não ao mesmo resultado tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

PROVISÃO PARA PERDAS EM INVESTIMENTOS E SUA REVERSÃO.

Comprovado na impugnação, com confirmação em diligência efetuada, que as provisões para perdas em investimentos foram neutras relativamente à apuração da base de cálculo do IRPJ, e que as suas reversões só também ficaram neutras com as exclusões efetuadas pelo contribuinte, cancela-se a glosa destas exclusões.

IRPJ/CSLL. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO.  
REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO.  
AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.
2. Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).
3. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II). A operacionalização de tal reestruturação de forma artificial, calcada em operações meramente formais e com fins unicamente tributários mediante utilização de “empresas veículo”, não possui o condão de alterar a verdade dos fatos, de modo a transformar o que deveria ser contabilizado como custo do investimento em amortização de ágio.
3. A amortização do ágio oriundo de operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificiais e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal.
4. Nesse cenário, o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos.
5. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas. [...]

A contribuinte apresentou Recurso Especial (e-fls. 1074/1102) insurgindo-se contra o acórdão que apreciou seu recurso voluntário, sob a alegação de que ele teria dado à lei tributária interpretação diversa da que tem sido adotada em outros processos julgados no âmbito do CARF.

O recurso especial apresentado pela contribuinte contesta a interpretação dada pelo acórdão recorrido em relação à legitimidade de aproveitamento fiscal da amortização de ágio (art. 386, inciso III do RIR/99).

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, previstos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2015, a recorrente apontou acórdãos de turmas de câmara do CARF (nº 1301-001.505, de 06/05/2014 e nº 1302-001.532, de 21/10/2014) que teriam dado ao tema combatido interpretação diversa daquela esposada pelo acórdão recorrido.

Segundo o acórdão recorrido, a utilização da empresa veículo LICIA para aquisição, pela empresa BR MALLS, de participação societária da contribuinte ECISAPAR (de forma direta e, também, indireta, por meio da aquisição da totalidade das ações da empresa DYLPAR, que detinha quotas da contribuinte), seguida da incorporação da LICIA pela ECISAPAR, não revelaria propósito negocial e, portanto, não permitiria o aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição das quotas da contribuinte, conforme arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (reproduzido pelo art. 386 do RIR). A interposição da LICIA e o aproveitamento fiscal do ágio pela própria ECISAPAR teria ocasionado uma economia de tributos diferente da que seria obtida sem a participação da empresa veículo, configurando típico planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Já os acórdãos paradigmas trariam o entendimento de que a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização daquela empresa veículo e, por conseguinte, não poderia ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Assim constou reproduzido no relatório do despacho (e-fls. 1228/1235) que examinou a admissibilidade do recurso especial:

"Ou seja, segundo o ACÓRDÃO RECORRIDO, a utilização de LICIA para aquisição da participação societária de ECISAPAR e DYLPAR, seguida de cisão total de LICIA e DYLPAR e posterior incorporação das parcelas patrimoniais cindidas por ECISAPAR, não revelaria propósito negocial e, portanto, não permitiria o aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição de ECISAPAR, conforme admitido pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (reproduzido pelo art. 386 do RIR). Para o ACÓRDÃO RECORRIDO, a interposição de LICIA teria ocasionado uma economia de tributos diferente da que seria obtida sem a sua participação, configurando típico planejamento fiscal inoponível ao fisco. [...]"

No mesmo sentido do ACÓRDÃO PARADIGMA nº 1, o CARF entendeu que a utilização de empresa veículo não prejudicaria o direito de o contribuinte atribuir efeitos fiscais à amortização do ágio pago na aquisição de investimento. Segundo o ACÓRDÃO PARADIGMA Nº 2, não haveria nenhuma vedação legal para a utilização de LAKELAND. [...]

Tendo sido demonstrada a divergência jurisprudencial para fins de admissibilidade do presente recurso especial, nos termos do art. 67 do Regimento Interno do CARF, a RECORRENTE passa a demonstrar a improcedência do entendimento adotado pelo ACÓRDÃO RECORRIDO.

O produto da amortização do ágio integra as contas de resultados d investidora, diminuindo o lucro líquido do exercício, não obstante, não é levado em consideração na determinação do lucro real da investidora e, por isso, seu valor é adicionado ao lucro líquido para fins de tributação, só produzindo efeitos fiscais à época da baixa do investimento, em razão de sua alienação ou liquidação (artigos 391 e 426, II, do RIR).

Com a publicação da Lei nº 9.532/97 (base legal do art. 38 6 do RIR), foram introduzidos mecanismos que passaram a regular expressamente o tratamento fiscal do ágio no caso de fusão, cisão ou incorporação de empresas. De acordo com os arts 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a pessoa jurídica que tenha adquirido investimentos com ágio (i.e., a investidora), ao incorporar a sociedade em que feito o investimento (i.e., a investida) ou ser por ela incorporada (incorporação inversa), passa a ter o direito de atribuir efeitos fiscais à amortização do ágio conforme seu fundamento.

Como demonstrado no decorrer do presente processo, a regulamentação do tratamento de ágio pago na aquisição de empresas foi extremamente importante para o processo de privatização que, na época da publicação da Lei nº 9.532/97, se encontrava em andamento no país.

Com o exposto reconhecimento de que o ágio pago na aquisição das estatais poderia ser fiscalmente amortizado nas hipóteses de incorporação inversa, as autoridades governamentais buscaram tornar mais atraente o processo de privatização, aumentando o valor arrecadado com a venda das empresas estatais.

Conforme mencionado por João Dácio Rolim e Frederico Almeida, "o governo buscou tornar os investimentos nas estatais mais interessantes para os potenciais investidores, na medida em que os ágios pagos nos leilões de privatização de estatais pudessem ser deduzidos fiscalmente na apuração do Imposto de Renda e da CSLL desses investidores" ("O Ágio e Investimentos e o uso de Empresas-Veículo", in Revista Dialética de Direito Tributário nº 158).

Ressalte-se, contudo, que as incorporações efetuadas logo após o processo de privatização não se justificariam senão em razão do próprio aproveitamento do ágio verificado, conforme expressamente previsto na Lei nº 9.532/97.

É evidente que as empresas adquirentes, até mesmo em razão de terem sido constituídas exclusivamente para o processo de privatização, não exerciam quaisquer das atividades que até então eram predominantemente exercidas em território brasileiro pelas estatais. Ou seja, na data em que publicada a Lei nº 9.532/97, já era de pleno conhecimento do governo que

nenhuma sinergia operacional entre a investidora e a investida poderia ser razoavelmente apresentada para justificar as incorporações que viriam a ser efetuadas, com a conseqüente dedutibilidade do ágio então verificado na aquisição da empresa.

Por outro lado, era comum que as próprias regras dos editais de privatização exigissem a constituição de sociedade de propósito específico para proceder à liquidação financeira da empresa então adquirida por privatização.

Ao promulgar a Lei nº 9.532/97, o governo brasileiro já tinha ciência de que nenhum propósito relevante poderia ser apresentado para que as incorporações disciplinadas por seus artigos 1º e 8º pudessem ser efetuadas, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente e justificável. Na realidade, a utilização de empresa veículo para aquisição do investimento e posterior incorporação para fins de aproveitamento fiscal do ágio não foi vedado, mas até mesmo incentivado pelos referidos dispositivos legais. [...]

O tratamento fiscal dado ao ágio pela Lei nº 9.532/97 não foi, contudo, expressamente circunscrito à aquisição das empresas <sup>est</sup>cais, sendo aplicável a todo e qualquer caso de aquisição empresas que viessem a ser incorporadas (conforme expressamente reconhecido pela transcrição constante do item anterior).

Note-se, nesse sentido, que até mesmo reestruturações societárias consistentes na aquisição de investimento em empresa operacional por determinada sociedade, transferência do mesmo a empresa veículo e subsequente incorporação desta última pela empresa operacional foram expressamente aceitas e disciplinadas de forma genérica pela CVM, como forma de o contribuinte usufruir do tratamento fiscal dado ao ágio pela Lei nº 9.532/97. Importante destacar o seguinte trecho da Nota Explicativa da CVM à Instrução nº 349/01 [...].

A referida Nota Explicativa detalhou os procedimentos que deveriam ser observados pelas companhias abertas nas reestruturações previstas pela Lei nº 9.532/97, com ênfase para as incorporações precedidas da criação de veículos, tendo atribuído valor específico à economia fiscal que, nas incorporações inversas, o controlador transfere à controlada. Ou seja, reconhece os efeitos fiscais nos casos de incorporação de empresas veículo.

Pode-se, assim, afirmar que o próprio Poder Executivo, por uma de suas autarquias (a CVM), reconhece, expressamente, que o registro de ágio por uma pessoa jurídica, inclusive um veículo criado após a aquisição dos investimentos de terceiros, com a subsequente incorporação da empresa investidora é apta a gerar a dedutibilidade do ágio nos termos dos arts. 1º e 8º da Lei nº 9.532/97, independentemente da existência de motivação negocial.

Na realidade, conforme demonstrado ao longo do presente processo, a utilização de empresa veículo para a aquisição de investida e posterior incorporação daquela não tem influência direta no aproveitamento fiscal do ágio, pois ele seria possível mesmo que a utilização do veículo não tivesse ocorrido.

Caso a empresa investidora tivesse diretamente adquirido a empresa investida, em vez de interpor um veículo, ainda assim nasceria o direito ao aproveitamento fiscal do ágio pago na aquisição do investimento, bastando que a investidora incorporasse a empresa investida (ou vice-versa).

A opção por utilizar qualquer um dos dois modelos acima descritos (com ou sem interposição de empresa veículo) para a estruturação do negócio planejado atende a critérios iminentemente societários e não acarreta qualquer prejuízo ao fisco, pois,

como visto, o aproveitamento fiscal do ágio poderia ocorrer caso um ou outro modelo fosse adotado.

O ACÓRDÃO RECORRIDO afirma que o planejamento tributário engendrado pela BR MALLS mediante a utilização de LICIA (empresa veículo) para aquisição da ECISAPAR seria ilícito porque realizado mediante abuso do direito.

Ao contrário do que afirma o ACÓRDÃO RECORRIDO, o eventual abuso de direito não deve ser analisado com base nas operações societárias efetuadas. A utilização de empresa veículo não resulta, como afirma o ACÓRDÃO RECORRIDO, em economia de tributo diferente daquela que seria obtida sem a sua utilização, pois, repita-se, o aproveitamento fiscal do ágio poderia ocorrer mesmo que o contribuinte não tivesse utilizado um veículo. [...]

De acordo com o entendimento do CARF, a reorganização societária somente poderia ser desconsiderada para fins fiscais se efetuada com o objetivo de criar uma vantagem fiscal adicional, o que não ocorre com a simples utilização de empresa veículo.

Em diversas oportunidades, o CARF adotou o entendimento de que é necessário perquirir a origem do ágio, e não o seu aproveitamento posterior por meio de incorporação, inclusive com a utilização de empresa veículo. Nesse sentido, tem-se admitido a dedução de despesas com amortização de ágio sempre que constatado que ele teve origem em uma efetiva aquisição onerosa de participação societária entre partes não relacionadas, com pagamento de preço. [...]

No caso, a exemplo do que ocorreu nas situações analisadas nos Acórdãos acima mencionados, os ágios deduzidos pela ECISAPAR tiveram origem em operações onerosas e realizadas entre partes não relacionadas; ou seja, não há dúvida de que o ágio efetivamente existiu e que, por consequência, não poderia deixar de ser considerado e deduzido pela ECISAPAR.

Neste particular, repise-se que o lançamento efetuado, conforme demonstra o TERMO anexo aos AUTOS, não questiona a efetiva existência dos ágios e o fato de que as referidas aquisições foram feitas de forma onerosa e entre partes não relacionadas. Também não há qualquer questionamento quanto ao fundamento dos ágios, qual seja, perspectivas de rentabilidade futura.

Além do mais, deve ser ressaltado que a utilização de LICIA foi motivada por fatores que não simplesmente a economia tributária. Pode-se citar, dentre outros de conveniência societária, a readequação da estrutura

patrimonial da ECISAPAR e a consequente melhoria de sua capacidade financeira.

Como se sabe, nos termos das Instruções da CVM nº 319/99, e nº 349/01, nas incorporações inversas, a parcela do ágio suscetível de ser aproveitada em termos fiscais é tratada como um ativo da incorporadora, cuja contrapartida é registrada em uma conta de patrimônio líquido (a reserva a que se refere o art. 6º da Instrução nº 319/99).

Assim, a incorporação de LICIA pela RECORRENTE importou no aumento do valor de seu patrimônio líquido e na melhoria de suas condições de endividamento, fato importante a uma empresa operacional como a ECISAPAR. [...]

Parece que a autoridade julgadora de segunda instância não compreendeu adequadamente os argumentos trazidos por ECISAPAR quando de sua sustentação oral na sessão de 24.03.2015.

Aliás, cumpre esclarecer que os referidos argumentos não foram apresentados apenas oralmente, mas constam também dos itens 4.42 e 4.43 do recurso voluntário tempestivamente apresentado por ECISAPAR.

Ao contrário do que parece ter entendido o ACÓRDÃO RECORRIDO, a necessidade de melhora na capacidade de endividamento era da ECISAPAR (e não de LICIA) que, por ser empresa operacional, teria em eventual empréstimo uma variante importante na consecução do seu plano de negócios.

Por este mesmo motivo, é também completamente descabida a afirmação de que a BR MALLS poderia tomar empréstimos. Repita-se, quem precisava incrementar sua capacidade de endividamento era a ECISAPAR, e não a BR MALLS. [...]

O entendimento é totalmente equivocado. Para que possa considerar que uma empresa carece de propósito comercial é necessário que o fiscal examine todo o contexto de forma mais profunda, a fim de perquirir outros elementos que comprovem a alegada ausência de substância econômica.

Qualquer empresa que adquire participação societária, e logo depois é incorporada, participa de um negócio por um curto lapso de tempo. Este fato, por si só, não é suficiente para consubstanciar o lançamento ora combatido, sendo certo que a fiscalização deveria ter se dedicado a carrear aos autos outros indícios que corroborassem a ausência de justificativa econômica.

Em suma, não há qualquer fundamento para a desconsideração, para efeitos fiscais, das operações realizadas no caso ora em exame, devendo o ACÓRDÃO RECORRIDO ser reformado e, portanto, cancelados os créditos tributários lançados pelos AUTOS. [...]

Por todo o exposto, pede e espera a RECORRENTE que seja o presente recurso especial admitido, conhecido e provido, de forma que seja reformado o ACÓRDÃO RECORRIDO e, conseqüentemente, integralmente cancelados os AUTOS."

A irresignação da contribuinte foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar o atendimento aos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. O resultado foi o já citado despacho (e-fls. 1228/1235), de 27/07/2015, que concluiu que restou configurada a divergência jurisprudencial apontada pelo sujeito passivo, já que os tratamentos dados à matéria discutida nos acórdãos examinados revelaram-se discordantes:

"Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que no contexto da legislação tributária, mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, 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.

Consta no voto condutor do acórdão recorrido:

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito comercial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedades de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento para fins de apuração de ganho de capital, após imediata incorporação reversa entre investida e investidora (empresa veículo), se transformasse em despesa dedutível na Recorrente mediante transferência do ágio a ser amortizado.

Assim, considerando-se que a real operação foi a aquisição das ações de ECISAPAR por BRMALLS e tais empresas jamais chegaram a tornar-se uma única mediante incorporação ou fusão, não houve a ocorrência da extinção do investimento apta a permitir que o ágio pago na aquisição das ações pudesse ser amortizado, devendo tal valor compor o custo de aquisição das ações de ECISAPAR em eventual futura alienação de tais ações por parte de BRMALLS.

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que o ágio artificialmente transferido não pode ser utilizado para redução da base de cálculo de tributos. A utilização de sociedade veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente, no caso concreto, a transferência do ágio ao real investidor para fins de amortização.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo."

Sendo assim, e restando cumpridos os demais requisitos de admissibilidade estabelecidos regimentalmente, o recurso especial foi admitido em relação a matéria arguida pelo recorrente: "Legitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio".

Os autos seguiram então para a CSRF para o julgamento do recurso especial interposto pela contribuinte.

Processo nº 12448.724782/2012-48  
Acórdão n.º **9101-003.006**

**CSRF-T1**  
Fl. 11

---

Contrarrazões da PGFN às fls. 1237 a 1248, onde se tratou apenas do mérito; não tendo sido, portanto, levantada preliminar de não conhecimento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte ECISA PARTICIPAÇÕES LTDA. - ECISAPAR (e condenado pela Fiscalização) de deduzir, nos anos-calendário de 2007 e 2008, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade da empresa veículo LICIA PARTICIPAÇÕES LTDA., por ocasião da aquisição de quotas da autuada (operação ocorrida em 13/11/2006) e de ações da empresa DYLPAR PARTICIPAÇÕES S/A (evento de 20/12/2006), que também detinha participação societária na ECISAPAR.

Tais aquisições foram pagas com recursos financeiros recebidos, pela LICIA, de sua controladora BR MALLS PARTICIPAÇÕES S/A. Esta empresa adquiriu 100% das quotas da LICIA em 20/10/2006 e aumentou seu capital social, então de apenas R\$1.500,00, com aportes de R\$191.822.729,85 (em 10/11/2006) e R\$174.487.338,98 (em 20/12/2006), para fins de aquisição de quotas da ECISAPAR e de ações da DYLPAR e de uma terceira empresa., a ECISA ENGENHARIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A (ECISAENG).

A aquisição de 28,8% das quotas da recorrente gerou, na contabilidade da LICIA, o registro de ágio no montante de R\$58.320.450,11. Já a aquisição das ações da DYLPAR, que detinha 26,2% das quotas da recorrente, propiciou, também nos registros contábeis da LICIA, o aparecimento de ágio no valor de R\$31.891.870,59.

No final de dezembro de 2006, as empresas LICIA e DYLPAR sofreram cisão integral e metade da participação societária de cada uma destas empresas foi incorporada por sua então controlada, ECISAPAR, em operação conhecida como incorporação reversa. Assim, as quotas de participação societária da própria contribuinte foram introduzidas em sua contabilidade, juntamente com o ágio a elas associado.

A contribuinte passou, então, a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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.

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos também prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

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): :

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 dois 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;

(...)

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).

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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).

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

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.

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se às transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no recente Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

*I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro*

*real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

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

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

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

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

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

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

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>1</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

<sup>1</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERÍ<sup>2</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista<sup>3</sup> que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997<sup>4</sup>:

<sup>2</sup> SCHOUERÍ, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

<sup>3</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>4</sup> Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

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

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

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

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

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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):

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 subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e

outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O *caput* do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>5</sup>.

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

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

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

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

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

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A

<sup>5</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

(investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

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

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

fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER<sup>6</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por

<sup>6</sup> SCHOUER, 2012, p. 62.

sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das quotas da recorrente (ECISAPAR) e das ações da DYLPAR (que detinha participação na recorrente), operações ocorridas em

13/11/2006 e 20/12/2006, respectivamente. Também não se discute que tais valores superaram os valores contábeis das participações societárias alienadas. A existência dos ágios oriundos de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN, nas contrarrazões que opôs ao recurso especial da contribuinte.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das participações societárias na recorrente e na DYLPAR (quotista da recorrente) não pertenciam à LICIA, mas à sua controladora BR MALLS, que realizou, entre novembro e dezembro de 2006, aportes de recursos que totalizaram mais de R\$366.000.000,00 na LICIA, empresa que acabara de adquirir em outubro do mesmo ano, com a finalidade específica de aquisição de participação societária nas empresas ECISAPAR, DYLPAR e ECISAENG.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa. Sendo assim, a recorrente não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização dos ágios oriundos das operações levadas a cabo em 13/11/2006 e 20/12/2006.

Como não foi a LICIA que desembolsou os valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das quotas da recorrente e das ações da DYLPAR, no ano de 2006, saiu dos ativos da real investidora: BR MALLS.

A empresa LICIA, embora conste formalmente como a adquirente das quotas da contribuinte (tanto direta quanto indiretamente, via aquisição de ações da DYLPAR), não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia à empresa BR MALLS a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição das participações societárias e foi efetivamente esta empresa quem desembolsou recursos para a aquisição das quotas da recorrida.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação da LICIA foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

A empresa, constituída no ano anterior por pessoas físicas e contando com capital social de apenas R\$15.000,00, não apresentava atividade alguma até outubro de 2006, quando foi adquirida pela BR MALLS. Tal aquisição visou exclusivamente à sua utilização como "empresa veículo": a pessoa jurídica receberia valores da real investidora (BR MALLS), aplicaria tais riquezas na aquisição de ações da DYLPAR e de quotas da recorrente e seria, em seguida, incorporada por esta última. Verifica-se que a LICIA teve duração efêmera (principalmente sob a gestão da BR MALLS) e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".

A empresa veículo LICIA e a DYLPAR tiveram parte de seus patrimônios incorporados pela recorrente ao final de dezembro de 2006. A recorrente, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999,

deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, só existe uma real investidora: BR MALLS.

Sendo assim, a amortização operada pelo recorrente não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de "confusão patrimonial" alguma.

Ainda que se analise a situação debatida nos autos sob outro enfoque, a conclusão alcançada continua sendo pela impossibilidade de utilização tributária do ágio pela recorrente.

Tal aproveitamento tributário do ágio consiste, como já foi dito por diversas vezes, na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Faz-se relevante, portanto, analisar o caso sob a perspectiva da teoria atinente às despesas que têm relevância fiscal. Uma vez mais, pede-se vênia para transcrever-se excerto extraído do Acórdão nº 9101-002.301, por sua concisão e clareza:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tratam-se de operações especificamente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são objeto de operações de transformação societária.

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

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como a encontrada nos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário que tem a finalidade específica de criar artificialmente hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999, não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Diante de todo o exposto, relativamente ao pedido de reconhecimento da legitimidade da amortização de despesas de ágio nos moldes pretendidos, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte.

Desse modo, voto no sentido de:

- CONHECER do recurso especial interposto pela contribuinte;
- no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, por considerar improcedente o pedido de reconhecimento da legitimidade do aproveitamento tributário do ágio para fins de redução do IRPJ e da CSLL devidos nos anos-calendário de 2007 e 2008.

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo

## **Declaração de Voto**

Não houve apresentação de declaração de voto no prazo regimental de 15 (quinze) dias, contados da data de julgamento do processo.

Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n° 343, de 09 de junho de 2015, Anexo II:

Art. 63. ...

§ 6º As declarações de voto somente integrarão o acórdão ou resolução quando formalizadas no prazo de 15 (quinze) dias do julgamento.

§ 7º Descumprido o prazo previsto no § 6º, considera-se não formulada a declaração de voto.