



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

Processo n° 13005.001065/2009-11
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.311 – 1ª Turma
Sessão de 3 de maio de 2016
Matéria IRPJ - ÁGIO
Recorrente ALLIANCE ONE BRASIL EXP DE TABACOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

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 controladora e a controlada ou coligada, 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.

ALIENAÇÃO FICTÍCIA. INEXISTÊNCIA DE INVESTIDOR OU INVESTIDA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO.

Alienação fictícia no qual o alienante é o financiador do adquirente, passa a integrar o quadro societário do adquirente e a gerir indiretamente o investimento que já era de sua propriedade, descaracteriza por completo a operação. A valorização do investimento deu-se especificamente para o registro do ágio, meramente escritural e sem nenhum pagamento. Trata-se de caso em que não há que se falar de investidor ou investida, inexistindo subsunção aos arts. arts. 385 e 386 do RIR/99.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDUTA. DOLO.

Operações empreendidas que desvirtuaram o instituto de alienação, com reorganizações fictícias, que viabilizaram uma reavaliação no investimento meramente escritural, registro de ágio e posterior amortização, sem sacrifício de ativos e sem pagamento pelo sobrepreço, implicam na presença dos elementos volitivo e cognitivo, caracterizando o dolo, o plus na conduta que ultrapassa o tipo objetivo da norma tributária e é apenado com a qualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, conhecer do Recurso Especial do Contribuinte por unanimidade de votos, e, no mérito, negar provimento por voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Luis Flávio Neto, Helio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente

Convocado), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Nathália Correia Pompeu e Maria Teresa Martinez Lopez.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, Luís Flávio Neto, Adriana Gomes Rego, Hélio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado), André Mendes de Moura, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Rafael Vidal de Araújo, Nathália Correia Pompeu, Maria Teresa Martínez López (Vice-Presidente) e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela ALLIANCE ONE BRASIL EXP DE TABACOS LTDA (e-fls. 1799 e segs) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1302-000.991 (e-fls. 1142 e segs), pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 03/10/2012, no qual foi negado provimento ao recurso voluntário da contribuinte.

Resumo das matérias

A autuação fiscal tratou de (1) glosa de despesa de amortização do ágio. Por consequência da nova apuração, teve que ajustar a base de cálculo apurada para o pagamento de juros sobre capital próprio, razão pela qual a correspondente (2) despesa de JCP foi glosada. Enfim, (3) a multa de ofício foi qualificada (150%).

A impugnação discorreu sobre a inexistência de simulação e da existência de propósito negocial nas reorganizações societárias empreendidas, além de protestar sobre a glosa da despesa de JCP e da aplicação da multa qualificada. A DRJ julgou a impugnação improcedente.

O recurso voluntário interposto pela contribuinte suscitou preliminar de nulidade em razão de incorreção da acusação fiscal, e reafirmou os protestos apresentados na impugnação. A segunda instância (Turma Ordinária do CARF) rejeitou a preliminar de nulidade e manteve a decisão da DRJ, negando provimento ao recurso voluntário.

Foram interpostos embargos de declaração pela contribuinte, que foram rejeitados pela Turma Ordinária. Foram interpostos embargos de declaração em face do acórdão que rejeitou os embargos, que não foram admitidos por despacho do Presidente da Turma.

A contribuinte interpôs recurso especial suscitando três divergências, (1) nulidade da autuação fiscal, (2) glosa de despesa de amortização do ágio e (3) qualificação de multa. O recurso foi admitido parcialmente em despacho de exame de admissibilidade, em relação às matérias (2) e (3). O despacho de reexame confirmou o não seguimento da matéria (1). A PGFN apresentou contrarrazões.

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal e a fase contenciosa.

Da Autuação Fiscal

O Relatório de Ação Fiscal (e-fls. 23/55) discorre sobre a união entre dois grupos empresariais, de um lado Standard Commercial Corporation, com subsidiária Meridional de Tabacos no Brasil (Meridional), controlado pela Trans-Continental LEAF TOBACCO CORP. LIMITED (Trans-Continental), e pela STANDARD Comercial Tobacco CO INC, e de outro Dimon Incorporated, com subsidiária Dimon do Brasil Tabaco Ltda no Brasil (a contribuinte, cuja denominação foi alterada para Alliance One Brasil), controlado pela INTABEX NETHERLANDS B.V. (INTABEX).

No âmbito internacional, foram promovidas reorganizações societárias, no sentido de promover a incorporação Standard Commercial Corporation pela Dimon Incorporated, criando-se um novo grupo, com denominação Alliance One International. A Meridional de Tabacos no Brasil passa a ter nova sócia, a Alliance One International, além de continuar a ser controlada pela Trans-Continental.

No âmbito nacional, a INTABEX alienou, com ágio, sua participação da Alliance One Brasil para a Meridional. Assim, a Meridional passa a ser controladora da Alliance One Brasil. A segunda empresa incorpora a primeira e passa a amortizar o ágio.

Contesta a Fiscalização sobre a maneira como foi realizada a alienação da participação da Alliance One Brasil, e a incorporação da Meridional pela Alliance One Brasil.

Isso porque a Meridional de Tabacos no Brasil, ao adquirir a participação da INTABEX, contraiu dívida com a alienante (INTABEX), que foi convertida em quotas de capital da própria Meridional de Tabacos no Brasil. Ou seja, a alienante (INTABEX) do investimento com ágio passou a deter quotas da adquirente (Meridional de Tabacos no Brasil), e a integrar o quadro social da adquirente, ao lado da Trans-Continental LEAF TOBACCO CORP. LIMITED e da Alliance One International. Em seguida, a Alliance One Brasil incorporou a Meridional de Tabacos no Brasil.

Entendeu a autoridade fiscal que teria sido uma operação sem propósito negocial, simulada, além de ter sido meramente escritural, sem efetivo pagamento do investimento com sobrepreço, razão pela qual promoveu a glosa da despesa de amortização do ágio e qualificou a multa de ofício.

Da Fase Contenciosa

A contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 1158 e segs), que foi julgada **improcedente** pela 1ª Turma da DRJ/Santa Maria, nos termos do Acórdão nº 18-11.872 (e-fls. 1395 e segs.), conforme ementa a seguir.

OPERAÇÕES DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE ÁGIO AMORTIZÁVEL. SIMULAÇÃO. GLOSA DAS EXCLUSÕES INDEVIDAS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL.

As operações de reorganização societária, para serem legítimas, devem possuir causa negociada real, inalterável ao arbítrio de quem o pratica, e decorrer de atos efetivamente existentes, e não serem artificiais e apenas formalmente registrados nos contratos sociais e na escrituração contábil. Desse modo, há simulação quando os atos negociais são realizados com finalidade não correspondente exatamente a sua causa legítima. Confirmada a simulação dos atos negociais que possibilitaram o aparecimento do ágio amortizável, é cabível a glosa das exclusões da base de cálculo do IRPJ e da CSLL decorrentes da amortização do ágio.

SIMULAÇÃO. GLOSA. DESPESA DE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. Constatada a simulação com o propósito de prejudicar a fazenda pública, correto o fisco, em relação aos negócios jurídicos viciados, não aceitar os seus efeitos tributários mediante glosa de parte da despesa de juros sobre capital próprio.

MULTA AGRAVADA. SIMULAÇÃO.

Constatada a existência de simulação dos atos jurídicos com o objetivo de prejudicar a fazenda pública, caracterizada está a fraude definida no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, devendo ser aplicada a multa de 150% prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Foi interposto recurso voluntário (e-fls. 1434 e segs) pela contribuinte, apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 03/10/2012, cujo Acórdão nº 1302-000.991 (e-fls. 1639 e segs) negou provimento ao recurso voluntário, conforme ementa a seguir.

ÁGIO. SIMULAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

Constatada a simulação na criação de ágio, é cabível a glosa da sua dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

MULTA QUALIFICADA.

Constatado o dolo na prática de fraude e conluio que resultaram na geração e ágio artificial, criado de forma consciente e deliberada, é cabível qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150%.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO REDUZIDO.

Verificado que o sujeito passivo aumentou indevidamente o patrimônio líquido, mediante a dedução de parcelas glosadas pela fiscalização, é correta a glosa da parcela de juros sobre o capital próprio calculada sobre o montante inexistente de patrimônio líquido.

Foram opostos embargos de declaração (e-fls. 1692 e segs) que foram rejeitados pela Turma Ordinária no Acórdão nº 1302-001.494 (e-fls. 1750 e segs) na sessão de 28/08/2014. Foram opostos embargos de declaração (e-fls. 1764 e segs) em face do acórdão, que não foram admitidos por despacho do Presidente da Turma (e-fls. 1790 e segs).

A Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 1799 e segs.), suscitando discordância com três matérias, (1) nulidade da autuação fiscal, (2) glosa de despesa de amortização do ágio e (3) qualificação de multa de ofício. Na primeira, sustenta que teria havido incorreto enquadramento da infração, vez que a amortização implica na redução do lucro líquido (débito em conta de resultado decorrente de uma despesa) e não na exclusão de valores do lucro real, conforme tipificado no feito fiscal. Na segunda, discorre que o art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, autoriza a reorganização societária empreendida, e que em observância ao princípio de legalidade a contribuinte não estaria obrigada a cumprir requisitos não previstos na legislação tributária. Alega que as operações ocorreram sob a égide da auto-organização, que a forma adotada foi lícita e que não caberia à administração tributária fazer juízo de valor quanto à livre escolha para efetuar o negócio jurídico. As operações tiveram propósito negocial, e a Meridional efetivamente pagou a dívida assumida junto à Intabex por meio da emissão de novas quotas de seu capital social, e que os 507 milhões de reais que deixaram de ser remetidos à alienante foram utilizados no financiamento das próprias atividades da empresa. Ainda, a Intabex tinha interesse em aceitar que o pagamento fosse por meio de quotas da Meridional, pois assim poderia voltar a participar de forma majoritária no quadro societário da empresa consolidada no Brasil. Entende que a situação em tela não trata de ágio interno, e, ainda que fosse, a legislação fiscal não impõe como condição para amortização do ágio que as operações sejam realizadas entre partes não relacionadas. Afasta qualquer hipótese de simulação levantada pela autoridade fiscal, vez que as operações refletiram exatamente a vontade entre as partes envolvidas, e se revestiram de documentos válidos e lícitos.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 2275/2287 deu seguimento parcial ao recurso, para admitir as matérias (2) e (3), e negar seguimento para a matéria (1). O Despacho de Reexame (e-fls. 2288 e segs) ratificou a negativa de seguimento da matéria (1).

Foram apresentadas contrarrazões pelo PGFN (e-fls. 2304/2337). Discorre que o único objetivo da reorganização societária foi de reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL, que a operação não teve propósito negocial nem substrato econômico, que a aquisição do investimento deu-se somente por registros escriturais, que o ágio foi criado exclusivamente para refletir o valor de mercado de uma participação societária e que restou evidenciado o dolo do contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

Em relação á admissibilidade, adoto as razões do Despacho de Admissibilidade de e-fls. 2275/2287, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para **conhecer** do Recurso Especial da PGFN.

Registre-se que foi dado seguimento às matérias (1) glosa de despesa de amortização do ágio e (2) qualificação de multa de ofício.

A princípio, há que se apreciar a matéria glosa de amortização do ágio.

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.

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

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

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural². 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

² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 314/08/2001

patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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) mantiver, 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 cisão³.

³ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa.,

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 1997⁴, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁵ 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.

⁴ 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.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 ⁶ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997:

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

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

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

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

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

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

⁶ 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.

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/99⁷.

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.

⁷ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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** 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 ATALIBA⁸.

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 (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 **peçoal**.

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. SCHOUER⁹, 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.

⁹ SCHOUER, 2012, p. 62. n.º 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 27/05/2016 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 27/05/2016

6 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 07/06/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 08/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 aproveitasse 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**.

8. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto, em relação à despesa de amortização do ágio e a qualificação da multa de ofício.

Vale apreciar a sequência dos fatos.

1º) O contexto trata de operações realizadas entre dois grupos empresariais internacionais. De um lado, Standard Commercial Corporation, com subsidiária Meridional de Tabacos no Brasil (**Meridional**), controlado pela Trans-Continental LEAF TOBACCO CORP. LIMITED (**Trans-Continental**), e pela STANDARD Comercial Tobacco CO INC. De outro, Dimon Incorporated, com subsidiária Dimon do Brasil Tabaco Ltda no Brasil (a contribuinte, cuja denominação foi alterada para **Alliance One Brasil**), controlado pela INTABEX NETHERLANDS B.V. (**Intabex**).

2º) No âmbito internacional, foram promovidas reorganizações societárias, no sentido de promover a incorporação Standard Commercial Corporation pela Dimon Incorporated, criando-se um novo grupo, com denominação **Alliance One International**.

3º) A **Meridional** passa a ter nova sócia, a **Alliance One International**, além de continuar a ser controlada pela **Trans-Continental**. No outro lado, a **Intabex** tem o controle da **Alliance One Brasil**.

4º) A **Intabex** "alineou" o investimento que detinha na **Alliance One Brasil**, com ágio, para a **Meridional**. Registro que o termo "alienou" e outros a seguir constam entre aspas não por acaso. Isso porque a **Meridional**, para "adquirir" o investimento **Alliance One Brasil**, contraiu dívida com a "alienante", **Intabex**, que foi convertida em quotas de capital da própria **Meridional**. Assim, a "alienante" **Intabex** do investimento com ágio passou a deter quotas da "adquirente" **Meridional**, e passou a integrar o quadro societário da **Meridional**, ao lado da **Alliance One International** e da **Trans-Continental**. A **Meridional** passou a controlar integralmente a **Alliance One Brasil**, investimento "adquirido" com ágio.

5º) Logo em seguida, a **Alliance One Brasil** incorporou a **Meridional** e passou a amortizar o ágio.

O Relatório Fiscal descreve com precisão os passos da "alienação" do investimento da **Intabex** (participação na **Alliance One Brasil**) para a **Meridional**.

Vale observar os registros contábeis da **Meridional** sobre a operação:

Registro em 30/08/2005			
Lançamento 1			
C	2.1.1.01.08.003	INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circulante).	507.000.000,00
D	1.1.3.01.01.010	ALLIANCE ONE EXP.DE TABACOS LTDA (Invest)	268.324.917,57
D	1.1.3.01.01.011	AGIO NA AQUISICAO DE COTAS ALLIANCE ONE	238.675.082,43
Histórico (C): valor investimento realizado na Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda; Histórico (D): valor investimento realizado pela Intabex Netherlands B.V.			
Lançamento 2			
D	2.1.1.01.08.003	INTABEX NETHERLANDS B.V (passivo circulante).	507.000.000,00
C	2.1.4.01.01.002	CAPITAL ESTRANGEIRO (capital social)	507.000.000,00
Histórico: valor aumento de capital social p/ingresso da sócia Intabex Netherlands b.v. cfe. alteração de contrato social.			

Resta demonstrada situação inusitada, para não dizer pitoresca.

A **Intabex** aliena o investimento com ágio para a **Meridional**. Em uma operação normal, regular, a alienante recebe os recursos decorrentes da venda o investimento e "sai de cena".

No caso aqui tratado não é que acontece. A adquirente, para saldar a obrigação contraída com a alienante, **emite em favor da alienante** quotas de participação societária. Ou seja: a alienante passa a ser sócia da adquirente e a gerir, indiretamente, o investimento que ela (alienante) alienou. E o mais interessante: como o investimento alienado incorporou a adquirente do qual a alienante detém participação societária, a própria alienante passou a se beneficiar de redução na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, em razão da amortização da despesa de ágio. Sem dizer que não houve nenhum esforço por parte de ninguém para a geração da despesa. Isso porque o investimento não foi pago, foi meramente transferido de uma pessoa jurídica para outra em operações contábeis.

A alienação foi tão desvirtuada, que sequer se pode dizer que ocorreu a operação. A construção artificial empreendida é evidente.

Na realidade, o organograma concretizado coloca a **Intabex** como sócia da **Meridional**, e a **Meridional** com sócia integral da **Alliance One Brasil**).

Nesse contexto, cabe averiguar quem foi de fato o investidor, aquele que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição. Poder-se-ia dizer que foi a **Meridional**? Não. Os recursos para aquisição do investimento (**Alliance One Brasil**) foram obtidos junto à própria alienante (**Intabex**).

A conclusão é que no caso concreto não há como se falar em investidor e investida. O investidor (Meridional) foi financiado pelo próprio alienante (Intabex), que valorizou o próprio investimento (Alliance One Brasil) para buscar um enquadramento na norma permissiva de amortização de despesa de ágio. Na realidade, inexistiu qualquer transação de aquisição de investimento, e, portanto, não há que se falar em investidor ou em investida.

Na **ausência** de investidor e investida, conclui-se pela não subsunção dos fatos aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Ainda, não se pode deixar de constatar a ausência do efetivo pagamento pela operação. Vale transcrever o item 16 do Relatório da Ação Fiscal (e-fl. 29):

16. Repare que nos lançamentos citados não há menção de conta Caixa ou Bancos, pois é isso mesmo, essas transações foram meros registros contábeis e alterações contratuais, sem movimentação financeira de um único centavo.

Trata-se de criação artificial, ágio meramente escritural.

E, diante dos contornos delineados pelo caso, impossível não identificar o intuito **doloso** das operações empreendidas.

A autonomia negocial suscitada pela recorrente não se presta a amparar operações como as tratadas nos presentes autos, uma construção artificial empreendida pelas empresas visando explicitamente a fabricação de um sobrepreço do investimento que seria posteriormente objeto de transformação societária.

A definição do dolo é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT¹⁰:

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.

Sobre o elemento cognitivo, BITENCOURT¹¹ discorre com didática:

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada

Sobre o elemento volitivo, são claros os ensinamentos¹²:

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 267.

¹¹ BITENCOURT, 2007, p. 269.

¹² BITENCOURT, 2007, p. 269.

A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexa causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente¹³.

A transcrição do item 36 do Relatório da Ação Fiscal (e-fl. 46) não deixa dúvidas quanto à conduta da contribuinte e demais empresas do grupo econômico:

36. No caso em voga, a operação societária, onde a holding Intabex Netherlands B.V. teria vendido a totalidade das quotas da empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda à sociedade Meridional de Tabacos Ltda pelo seu valor nominal acrescido de ágio, foi claramente simulada. Todos os elementos apresentados até o momento dão a segurança necessária para que se possa afirmar isso. Podemos, com isso, encaminhar nossas conclusões com as seguintes evidências que dão densidade à simulação:

1º) Falta de Propósito Negocial

Intimada por duas vezes a manifestar-se sobre a motivação econômica que deu origem à formalização da operação de compra e venda de cotas (item 16 - Intimação 002 — item 5.3 e Intimação 003 — item 4), em nenhuma das respostas a fiscalizada trouxe algo de concreto que pudesse justificar o referido ato societário. Na segunda manifestação, alegou-se como motivo a consolidação das operações no Brasil tendo em vista a unificação dos negócios no exterior. A citada consolidação ocorreu em 30/09/2005 com a incorporação da sociedade Meridional de Tabacos Ltda pela incorporadora Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda, e, tanto sob o aspecto formal ou econômico, não há nada que indique a necessidade de ter sido registrada esta operação intermediária para se chegar ao fim desejado de junção das empresas. A operação societária de investimento com ágio funcionou como um "parêntese" de resultado nulo, aberto de fechado em uma pequena fração de tempo, inserido dentro de uma operação longa que já tinha definição previamente sabida. Assim, o único propósito perceptível com a realização dessa operação formal foi o de fazer parecer real um investimento inexistente para, então, obter vantagem fiscal.

2º) Resultado Econômico-financeiro nulo

Em operações societárias desse gênero, realizada entre particulares, e neste caso, envolvendo o montante de R\$ 507.000.000,00, é de esperar-se a busca de vantagem financeira, econômica, ou ambas pelas partes envolvidas. No entanto, conforme demonstrado no item 19 acima, a negociação aqui tratada não trouxe qualquer efeito econômico ou financeiro para as empresas envolvidas no certame.

3º) Prática de Ato entre Partes Ligadas

¹³ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1985, v. 1, p. 132.

As partes envolvidas nesta operação de investimento e participação societária eram, já à época dos fatos, diretamente relacionadas. O registro do novo Grupo Econômico no exterior ocorreu em 13/05/2005. Imediatamente isso refletiu em alteração contratual na Meridional de Tabacos Ltda e na Alliance One Brasil Exportadora de Tabacos - até então Dimon (item 9 acima). A operação simulada teve como partes signatárias a sociedade Meridional e Intabex Netherlands B.V., esta já era—holding do antigo Grupo Dimon e assim manteve-se na nova configuração, sendo inclusive uma das tomadoras do contrato de crédito operacionalizado no exterior para garantir a incorporação. As decisões societárias a respeito das duas subsidiárias brasileiras passaram a ser centralizadas por comando do novo complexo empresarial, isso fica evidente pelas publicações da imprensa, declarações de dirigentes (item 9) e pela contratação do mesmo escritório de advocacia para representar todas as empresas estrangeiras, retratada na 40ª alteração do Contrato Social da Meridional (item 19), onde literalmente todas as partes têm a mesma assinatura. Para que uma negociação de compra e venda possa ser considerada juridicamente válida, isenta de vícios, é necessário a existência de duas partes independentes, com duas vontades próprias e distintas, uma de querer comprar e outra de querer vender. Ora, nesta operação não houve partes independentes e, tampouco, vontades próprias, o que ocorreu de fato foi a formalização de atos com única vontade do ente particular em desfavor do Estado.

4º) Proximidade Temporal dos Atos

*A operação simulada foi implementada de forma muito célere, com seqüência imediata de diferentes atos. **No dia 30/08/2005 foi registrado na contabilidade da Meridional o investimento com ágio em contrapartida de uma dívida com Intabex, no mesmo dia essa dívida foi convertida em cotas de capital elevando a Intabex à condição de sócia majoritária da Meridional.** No dia 31/08/2005, foi criada a provisão para a realização contábil do ágio na Meridional, essa mesma data serviu para apuração do balanço que embasou a incorporação da Meridional pela Alliance One, formalizada no dia 30/09/2005. Nesse toar, implementaram-se também as alterações dos Contratos Sociais das partes envolvidas. Toda essa operacionalização açodada ocasionou uma série de erros apontados nos itens 13 a 15. (grifei)*

Vale registrar, em separado, il gran finale:

5º) Desfazimento dos Efeitos do Ato Simulado

*A sociedade Intabex Netherlands B.V, com a operação simulada, **deixa de ser sócia da empresa Alliance One Exportadora de Tabacos Ltda em 30/08/2005, mas em 30/09/2005 já retorna à condição anterior.** O ágio "pago" no investimento em 30/08/2005 é levado como despesa para o resultado do exercício no dia seguinte (31/08/2005), anulando de*

imediate o aumento do capital social, aparentemente originado, restando após a incorporação apenas a influência transitória dos tributos diferidos (item 19). Assim, os efeitos dessa operação de R\$ 507.000.000,00 desfazem-se rapidamente, sem causar qualquer efeito concreto para as partes envolvidas. (grifei)

No caso concreto, restou demonstrada a presença de dois elementos inerentes ao dolo: o cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica, e o volitivo, a vontade de realizar a conduta.

Não há que se falar em desconhecimento ou ignorância da norma por parte da recorrente. A artificialidade das operações é contundente, desvirtuando-se completamente o instituto da alienação. A formação do ágio decorreu de uma reorganização fictícia, que viabilizaram uma reavaliação no investimento, registro de ágio e posterior amortização. Como já dito, sequer ocorreu pagamento, até porque sequer houve alienação do investimento.

Portanto, diante do exposto, no que concerne às duas matérias que retornaram para apreciação do presente colegiado, entendo que deve ser **mantida** (1) a glosa da despesa de amortização do ágio e (2) a qualificação da multa de ofício.

Conclusão

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

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator