



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

Processo n° 13609.000814/2009-93
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.449 – 1ª Turma
Sessão de 22 de setembro de 2016
Matéria Dedutibilidade de despesas de amortização de ágio gerado internamente. Cobrança concomitante de multa isolada e multa de ofício.
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
 KINROSS BRASIL MINERAÇÃO S/A (atual denominação da RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO INTERNO. 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 a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS DO IRPJ E DA CSLL. CABIMENTO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos, 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 rejeitar a preliminar de não conhecimento dos recursos e em conhecê-los integralmente. E, no mérito, acordam ainda, (1) quanto ao ágio, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado), que lhe deram provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado); e (2) quanto à multa isolada, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado) e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado), que lhe deram provimento. O conselheiro Demetrius Nichele Macei (suplente convocado) votou apenas quanto ao mérito. Julgamento iniciado na reunião de 18/08/2016 e concluído na reunião de 22/09/2016 no período da tarde, na qual foram mantidos os votos, quanto ao conhecimento, já proferidos na reunião de Agosto.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão – *Presidente em exercício.*

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - *Relator.*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício), André Mendes de Moura, Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Demetrius Nichele Macei, Luis Flavio Neto, Cristiane Silva Costa.

Relatório

Tratam-se de recursos especiais de divergência interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e pela contribuinte KINROSS BRASIL MINERAÇÃO S/A (denominação atual da RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A), com fundamento nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF).

Registre-se que a PGFN protocolou seu recurso em 15/04/2015, quando o RICARF vigente ainda era aquele aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Já a contribuinte apresentou seu recurso em 18/08/2015, quando já vigia o atual regimento, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015. A despeito disso, cada uma das peças recursais cumpriu os requisitos exigidos e foi admitida, após procedimento de cognição sumária, para apreciação pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

Os recorrentes questionam as partes que lhes foram desfavoráveis no Acórdão nº 1102-001.305, por meio do qual os membros da 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara

da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela contribuinte para cancelar as multas isoladas sobre as estimativas não recolhidas. Além disso, negou-se provimento, por unanimidade de votos, ao recurso de ofício que tratava da exoneração de parte das multas isoladas referentes ao ano-calendário de 2008, determinada em decisão de 1ª instância.

No que tange ao ponto central do mérito, a decisão recorrida manteve os autos de infração lavrados pela Fiscalização. As autuações se fundamentaram no entendimento de que a contribuinte deduziu indevidamente, nos anos-calendário 2005 a 2008, de seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL, despesas relativas à amortização de ágio contabilizado em operações societárias realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, com a utilização de "empresa veículo" e sem alteração no controle das sociedades envolvidas. As despesas foram consideradas indedutíveis, uma vez que o ágio teria sido gerado de forma artificial, sem fundamento ou substrato econômico.

Tais operações envolveram a contribuinte (que à época tinha a denominação de RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A) e outras empresas a ela relacionadas: MORRO DE OURO INVESTIMENTOS S/A (doravante identificada como MOI), MORRO DE OURO EMPREENDIMENTOS MINERAIS S/A (referenciada de agora em diante apenas como MOEM), RIO TINTO BRASIL LTDA. (subsidiária nacional de grupo sediado no exterior, que será identificado a partir deste ponto como grupo RIO TINTO) e KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA. (à época com a denominação de TVX PARTICIPAÇÕES LTDA.).

O ágio cujas despesas de amortização a Fiscalização entendeu serem indedutíveis foi contabilizado pelo grupo econômico em duas etapas. Na primeira delas, realizada em 29/11/2004, o grupo RIO TINTO cedeu a totalidade das ações da empresa MOEM à MOI, por ocasião da integralização de aumento de capital social desta última. À época, o único ativo relevante da MOEM era sua participação acionária de 51% no capital social da contribuinte, que teve seu valor de mercado reavaliado com base em laudo elaborado para este fim. Nesta operação, foi então registrado na contabilidade da MOI um ágio de R\$687.236.117,49.

Os outros 49% do capital social da contribuinte autuada já pertenciam à KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA. que, em 23/12/2004, adquiriu do grupo RIO TINTO a totalidade das ações da MOI. Assim, a empresa passou a deter 100% das ações da contribuinte autuada (51% de forma indireta; 49% de maneira direta).

Em 31/12/2004, a nova controladora do grupo promoveu novo aumento de capital social da MOI, desta vez integralizado diretamente com a conferência de ações da contribuinte, reavaliadas a valor de mercado (com base no mesmo laudo utilizado na integralização de 29/11/2004). Nesta segunda integralização, registrou-se na contabilidade da MOI ágio no valor de R\$652.659.226,49.

Nesta mesma data, a contribuinte, então sob a denominação de RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A incorporou suas duas controladoras MOEM (controladora direta) e MOI (controle direto de 49% e indireto, de 51%), trazendo para a sua contabilidade o ágio que passou então a ser aproveitado para a redução do IRPJ e da CSLL devidos, sob o argumento de que tal prática estaria albergada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e pelos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) - RIR/1999.

Por entender que tal dedução não tinha base legal, a Fiscalização lavrou autos de infração relativos ao IRPJ e à CSLL referentes ao período em que durou a dedução entendida como indevida. A autuação fora mantida em sede de julgamento administrativo de primeira instância e, posteriormente, também pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, em julgamento que culminou na prolação do acórdão contra o qual ora se insurgem tanto a contribuinte quanto a PGFN (esta, somente em relação ao cancelamento das multas isoladas).

O acórdão recorrido foi assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio em operações societárias levadas a efeito apenas dentro do mesmo grupo econômico, sem alteração do controle das sociedades envolvidas, sem comprovação de efetivo ônus para a adquirente da participação societária, e com uso de empresa de curta duração (empresa "de passagem" ou "veículo"), constitui prova da artificialidade e da falta de fundamento econômico do ágio, tornando inválida a sua posterior amortização.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se de despesas apenas formalmente reveladas por força de registros contábeis e atos contratuais formalmente perfeitos, mas que não se revestem de qualquer materialidade, nem de sentido econômico, inadmissível a repercussão tributária dessas despesas artificialmente geradas na formação da base de cálculo da contribuição, que tem como ponto de partida o lucro líquido do exercício.

IRPJ. ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Recurso de ofício negado. Recurso voluntário provido em parte.

Devidamente intimada, a PGFN interpôs, em 15/04/2015, recurso especial tempestivo insurgindo-se contra a interpretação dada pelo acórdão recorrido à questão da cobrança concomitante das multas isolada e de ofício.

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, então previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 (requisitos que basicamente foram mantidos no art. 67 do Anexo II da versão atualmente vigente do Regimento, aprovada pela MF nº 343, de 09/06/2015 - RICARF/2015), a PGFN apontou acórdãos de turmas de câmara do CARF que teriam dado ao tema combatido interpretação diversa daquela esposada pelo acórdão recorrido.

Relata a recorrente que o acórdão recorrido considerou incabível a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas de IRPJ e CSLL apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento dos tributos apurados no balanço final do mesmo ano. Isso porque as estimativas que deixaram de ser recolhidas seriam meras antecipações dos tributos devidos ao final do período anual e a imposição concomitante de ambas as multas caracterizaria dupla penalização sobre a mesma infração, qual seja, o descumprimento da obrigação de pagar tributo.

Ao adotar tal entendimento, a decisão recorrida estaria em conflito com os Acórdãos nº 1202-000.964 (proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF) e nº 1302-001.080 (prolatado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da mesma Seção). A PGFN afirma que ambos os acórdãos indicados como paradigmas, em situações fáticas similares à encontrada no acórdão recorrido, chegaram à conclusão de que a exigência simultânea das multas isolada e de ofício é possível, por se aplicarem a hipóteses legais distintas, não se configurando qualquer ofensa ao Código Tributário Nacional (CTN).

Após defender a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas, a PGFN apresenta também uma série de alegações que deveriam, sob seu ponto de vista, provocar a reforma da decisão recorrida, na parte atinente à cobrança concomitante das multas isolada e de ofício. Em suma, argumenta-se que:

- A cumulação da multa de ofício com a multa isolada não caracteriza *bis in idem*, que consiste na aplicação de mais de uma penalidade em razão do cometimento da mesma infração. No caso da matéria discutida, está-se diante de dois tipos de penalidades, sancionadoras de duas infrações tributárias distintas, que podem ou não vir a incidir sobre uma mesma base de cálculo;

- A multa de ofício imputada à contribuinte se deveu à falta de recolhimento de tributo, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996. Já a multa isolada foi aplicada em razão do descumprimento da sistemática de recolhimento por estimativa mensal do IRPJ e da CSLL, conforme previsão do art. 44, inciso II, alínea "b", da mesma Lei;

- As infrações tributárias não se confundem. A multa de ofício somente será devida caso exista tributo a pagar por ocasião do ajuste anual, baseado no resultado apurado em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Já a multa isolada poderá ser cobrada ainda que, ao final do período, tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL, por decorrer não da falta de pagamento dos tributos em si, mas do simples descumprimento do regime de recolhimento mensal por estimativa;

- Não existe limitação prevista em lei no sentido de que a multa isolada somente possa ser aplicada no decorrer do ano-calendário, ou seja, antes da apuração definitiva do imposto e da contribuição;

- As bases de cálculo sobre as quais incidem as duas multas normalmente não são coincidentes. A multa de ofício incide sobre o tributo devido e não recolhido. Já a multa

isolada incide sobre as antecipações não pagas no decorrer do ano, calculadas a partir das receitas brutas mensais. Mesmo que as bases de cálculo eventualmente coincidam, tal fato não configura nenhuma ilegalidade, tendo em vista que as infrações que ocasionam a cobrança das multas são distintas;

- O recolhimento do IRPJ e da CSLL pelo regime de estimativa é opção dos contribuintes. Uma vez feita a opção no início do ano-calendário, o contribuinte deve realizar o recolhimento mensal das estimativas até o final do período, a não ser que apresente balanços ou balancetes mensais provando que o valor acumulado já recolhido excede o valor devido apurado até aquele mês;

- Conforme bem apontou o i. Relator do acórdão recorrido, na parte em que foi vencido acerca da matéria da cobrança concomitante das multas isolada e de ofício, a Súmula CARF nº 105 determina a impossibilidade de tal cobrança em relação à multa isolada prevista no inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo, no entanto, foi revogado pela Lei nº 11.488, de 15/06/1997, que alterou a redação do art. 44 reduzindo o percentual da multa isolada de 75% para 50% e determinando que ela passasse a incidir sobre "o valor do pagamento mensal devido";

- Com tal alteração legislativa, perdeu força a tese de *bis in idem* recepcionada por parte da jurisprudência do CARF (as bases de cálculo passaram a ser explicitamente diferenciadas). Assim, a existência da Súmula CARF nº 105 não se presta a amparar a exoneração de multas isoladas relacionadas a períodos posteriores à vigência da Medida Provisória (MP) nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488/1997.

Com base em todos os argumentos que apresenta, a PGFN requer que seu recurso especial seja provido para reformar o Acórdão nº 1102-001.305, mantendo-se a cobrança da multa isolada aplicada pela falta de pagamento da estimativa mensal de IRPJ e CSLL.

A irrisignação da recorrente foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar o atendimento dos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. As conclusões foram expostas em despacho de 22/05/2015 (e corroboradas, em sede de reexame, pelo Sr. Presidente da CSRF, em 28/05/2015).

O aludido despacho aplicou o §2º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2009¹ para negar seguimento ao recurso especial da PGFN na parte que pedia o restabelecimento da cobrança de multa isolada relativa aos anos-calendário 2005 e 2006. Isso porque a exoneração destas parcelas encontra amparo na já mencionada Súmula CARF nº 105:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício

¹ Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

(...)

§2º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Considerou-se que a Súmula CARF nº 105, por se remeter expressamente à impossibilidade de cobrança concomitante da multa de ofício com a multa isolada prevista na antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, impediria o conhecimento do recurso especial na parte em que se insurge contra a exoneração da multa relativa aos períodos em que vigia tal redação.

Para os demais períodos de apuração, posteriores à vigência da MP nº 351, de 22/01/2007 (convertida na Lei nº 11.488/1997), considerou-se devidamente demonstrada a divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas. Assim, deu-se seguimento parcial ao recurso especial da PGFN.

Em 03/08/2015, a contribuinte foi intimada para tomar ciência do Acórdão nº 1102-001.305, do recurso especial apresentado pela PGFN e dos despachos que o admitiram.

Em consonância com as disposições infralegais, a contribuinte protocolou, em 18/08/2015, dois documentos: i) contrarrazões aos argumentos constantes do recurso especial da PGFN e; ii) seu próprio recurso especial, em que questiona aspectos do Acórdão nº 1102-001.305 que lhe foram desfavoráveis.

Nas contrarrazões opostas ao recurso especial da Fazenda Nacional, a contribuinte perfilou alegações que podem ser assim resumidas:

- O recurso da PGFN não deve ser conhecido porque o impedimento previsto no §2º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2009 aplica-se a todos os anos-calendário para os quais houve lançamento da multa isolada, e não somente para aqueles anteriores à vigência da MP nº 351, de 22/01/2007 (convertida na Lei nº 11.488/1997);

- A Súmula CARF nº 105 não tem sua aplicabilidade limitada no tempo, e veda a cobrança concomitante das multas isolada e de ofício para quaisquer anos-calendário, mesmo aqueles posteriores à vigência da MP nº 351, de 22/01/2007;

- A previsão da multa isolada contida no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/1996 (que teve vigência até o fim de 2006) é essencialmente idêntica à trazida pelo art. 44, inciso II, alínea "b", da mesma Lei, na redação introduzida pela MP nº 351/2007 e pela Lei nº 11.488/2007. Assim, a Súmula CARF nº 105 menciona expressamente o dispositivo mais antigo apenas para identificar a que multa isolada estaria se referindo (ausência de recolhimento das estimativas mensais), não visando estabelecer qualquer caráter limitador;

- A fundamentação encontrada nos acórdãos que serviram como paradigma para a edição da Súmula CARF nº 105 demonstra que o entendimento positivado pelo CARF decorreu da própria incompatibilidade inerente à cobrança simultânea da multa de ofício e da multa isolada, construção que não se restringe à antiga redação do dispositivo legal que trata desta última multa;

- Por se tratarem de antecipações ao pagamento dos tributos efetivamente devidos apenas no final do ano, as estimativas mensais deixam de ser exigíveis após o encerramento do período de apuração, momento a partir do qual só será devido o tributo em si.

Se não houver o pagamento de tal tributo, após o final do exercício, cabe a cobrança de multa de ofício contra o contribuinte, mas jamais da multa isolada;

- Com a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL em 31 de dezembro de cada ano, desaparece o bem tutelado pela norma jurídica que criou a multa isolada (antecipações que deveriam ter sido recolhidas ao longo do ano-calendário). A partir deste momento, surge o tributo efetivamente devido, única base impositiva que poderá sofrer sanção em caso de não recolhimento dentro do prazo previsto;

- Pelo princípio da consunção, a infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal é meio de execução (etapa preparatória) da redução indevida do recolhimento do tributo apurado ao final do ano;

- A impossibilidade de cumulação entre a multa isolada por ausência de pagamento das estimativas mensais com a multa de ofício por falta de recolhimento dos tributos devidos ao final do exercício decorre da própria natureza dos institutos, que não sofreu qualquer alteração com a edição da Lei nº 11.488/2007. Assim, a referida lei não exerceu qualquer influência sobre a aplicabilidade da Súmula CARF nº 105;

- Um dos acórdãos paradigmas da edição da súmula (nº 1402-001.217) examinou a questão já à luz da nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, alcançando a mesma conclusão das demais decisões paradigmas;

- O teor da Súmula CARF nº 105 aplica-se a todo o período considerado nos autos de infração objeto do presente processo. Assim, o recurso não pode ser conhecido por conta da previsão contida no §3º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015 (no RICARF/2009, a previsão análoga constava do §2º do art. 67 do Anexo II). Se for conhecido, não pode ser provido porque tal fato significaria afronta ao entendimento da CSRF que levou à edição da mencionada Súmula CARF;

- Os motivos expostos na defesa do não conhecimento do recurso especial da PGFN servem também para fundamentar seu não provimento, caso venha a ser conhecido.

Por conta de tudo que expõe, a contribuinte recorrida pede, ao final, que o recurso especial da PGFN não seja conhecido. Caso seja conhecido, requer que seu provimento seja negado.

Conforme se adiantou, na mesma data em que protocolou suas contrarrazões, a contribuinte apresentou também recurso especial, com o objetivo de contestar o posicionamento exposto no acórdão recorrido em relação ao seu ponto central: indedutibilidade das despesas de amortização do "ágio interno".

A contribuinte narra que o acórdão recorrido entendeu como correta a ação da Fiscalização, que lançou créditos de IRPJ e de CSLL decorrentes da glosa de despesas de amortização de ágio, por entender que tal ágio foi gerado em "operações societárias levadas a efeito apenas dentro do mesmo grupo econômico, sem alteração do controle das sociedades envolvidas, sem comprovação de efetivo ônus para o adquirente da participação societária, e com uso de empresa de curta duração (empresa 'de passagem' ou 'veículo')".

Assim, tanto a Fiscalização quanto a Turma *a quo* teriam concluído pela indedutibilidade das despesas relativas à amortização de "ágio interno", gerado artificialmente e desprovido de fundamento econômico.

O recurso especial da contribuinte traz a alegação de que o acórdão recorrido, ao endossar o entendimento da Fiscalização, teria entrado em divergência com o Acórdão nº 1302-001.145, proferido pela 3ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

A existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e o acórdão indicado como paradigma (requisito de admissibilidade do recurso especial previsto no art. 67, *caput* e § 6º do RICARF/2015) restaria comprovada diante do reconhecimento, por esta segunda decisão, da plena dedutibilidade de ágio gerado em operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico, tendo em vista a inexistência de proibição legal.

Enquanto a decisão combatida entendeu que as operações realizadas pela contribuinte e pelas empresas integrantes de seu grupo econômico não teriam substância econômica em razão da ausência de participação de partes não relacionadas e da utilização de empresa "veículo" para possibilitar o aproveitamento do ágio, o acórdão paradigma prega que as autoridades administrativas devem aceitar o aproveitamento fiscal do ágio gerado em operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico em face do princípio da legalidade, já que a Lei nº 9.532/1997 não distingue tal ágio daquele oriundo de operações celebradas entre partes não relacionadas.

Visando à reforma do acórdão recorrido, em relação à não permissão de dedução da amortização do ágio interno na apuração do IRPJ e da CSLL, a contribuinte foi além da simples arguição da existência de divergência jurisprudencial acerca do tema, apresentando as seguintes alegações:

- O ágio gerado em operações intragrupo é passível de aproveitamento tributário, desde que comprovada a existência de substrato econômico e intuito negocial, como ocorreu no caso analisado nos autos;

- Analisando-se o texto original do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), verifica-se que em nenhum momento restringe-se a apuração e o aproveitamento fiscal do ágio apenas às operações realizadas entre partes não relacionadas ou não dependentes;

- A vedação ao aproveitamento tributário do ágio gerado internamente só passou a existir com a edição da Lei nº 12.973/2014, cuja vigência se deu a partir de 01/01/2015;

- A menção ao "novo ágio por rentabilidade futura", na exposição de motivos da MP nº 627/2013 (posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014), não deixa dúvidas de que a vedação se tratou de inovação legislativa, sem natureza meramente interpretativa ou aplicação retroativa;

- Não existe, portanto, vedação ao aproveitamento tributário de ágio gerado internamente para períodos anteriores ao ano de 2015;

- No caso concreto analisado nos presentes autos, é inegável a existência de fundamento econômico e de propósito comercial nas operações, pois houve a efetiva aquisição do controle societário da recorrente (era do grupo RIO TINTO e passou às mãos da KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA.), celebrada entre partes não relacionadas e mediante o pagamento de valores;

- Tal operação de compra e venda inseriu-se em um plano estratégico do grupo KINROSS, relativo ao seu posicionamento no mercado, tendo sido precedida por laudo de avaliação do valor de mercado da empresa adquirida e de estudos acerca da exaustão de sua mina;

- A utilização de empresa criada especificamente para fins de aquisição de participação societária ("empresa veículo"), quando orientada por legítimos propósitos comerciais, não pode ser desconsiderada pela Fisco;

- A incorporação das empresas MOEM e MOI pela recorrente teve outra motivação além do aproveitamento fiscal do ágio: fez-se necessária a promoção de uma melhor organização do negócio, com a simplificação da estrutura imposta pelos vendedores (grupo RIO TINTO);

- Em outro Processo Administrativo Fiscal, foi reconhecido pelo CARF como devido o IRPJ sobre o ganho de capital auferido nas operações em análise nos presentes autos. Assim, tendo sido reconhecido o ganho de capital do alienante (grupo RIO TINTO), não há como se negar a existência de ágio arcado pelo adquirente (grupo KINROSS).

A contribuinte encerra pedindo que sejam dados conhecimento e provimento ao seu recurso especial, com a reforma do acórdão recorrido e o cancelamento da exigência fiscal relativa à indedutibilidade fiscal dos ágios gerados nas operações em análise.

Despacho de 18/09/2015 analisou o cumprimento dos requisitos regimentais pelo recurso especial interposto pela contribuinte. O recurso foi admitido, mas com a ressalva de que o acórdão recorrido fundamentou sua decisão (pela indedutibilidade do ágio) não somente no fato de o ágio ter sido gerado em operações internas a um grupo econômico (matéria acerca da qual o recurso demonstrou a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigma), mas também em outros fatores, como a) a não alteração do controle societário das sociedades envolvidas; b) a não comprovação de efetivo ônus para o adquirente da participação societária; e c) o uso de empresa "veículo".

A Fazenda Nacional foi intimada em 18/09/2015 a respeito do recurso especial apresentado pela contribuinte e do despacho que o admitiu, nos termos do art. 70 do Anexo II do RICARF/2015. Em resposta, foram apresentadas, na mesma data, contrarrazões às alegações da contribuinte.

Com o objetivo de que fosse mantida a decisão contida no acórdão recorrido, em relação à não permissão de dedução da amortização do ágio interno na apuração do IRPJ e da CSLL, a PGFN apresentou as seguintes alegações:

- O recurso especial interposto pela contribuinte não pode ser admitido porque somente foi comprovada a existência de divergência jurisprudencial sobre um dos vários fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido para concluir pela indedutibilidade das despesas de amortização do ágio no caso concreto. Conforme apontou o despacho que admitiu

o recurso, este tratou somente da questão da geração interna do ágio, não abordando outros fundamentos da decisão recorrida como a utilização de empresa "veículo" ou a não comprovação de ônus para o adquirente da participação societária;

- Neste sentido, existe precedente da CSRF que determina que somente cabe recurso especial que comprove a existência de dissenso jurisprudencial a respeito do todos os fundamentos da decisão recorrida;

- O ágio requerido pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e pelos arts. 385 e 386 do RIR/1999 deve ter um propósito negocial, ou seja, uma lógica econômica, uma razão que enseje a efetiva aquisição de um investimento por um valor superior àquele que custou à alienante;

- O ágio, para ser passível de aproveitamento tributário via dedução das despesas de sua amortização, deve decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições negociais opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais;

- O ágio tratado no art. 386 do RIR/1999 deve ser amparado por um substrato econômico, ou seja, por uma transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante;

- Não há que se falar em aquisição da participação societária ou em surgimento de ágio se não houver efetiva troca de riquezas (dispêndio de um gasto, econômico ou patrimonial, pelo adquirente, e o respectivo ganho, também econômico ou patrimonial, pelo alienante) e a real alteração de titularidade do investimento;

- A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já se pronunciou, em seu Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, contrariamente à possibilidade de geração de ágio em operações efetuadas dentro de um mesmo grupo econômico e sem o efetivo dispêndio;

- O Ofício-Circular da CVM afirma que "do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação";

- Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis já analisou tal questão, em sua Orientação Técnica OCPC nº 02/2008: "É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação";

- Para o reconhecimento da existência do ágio é imprescindível a presença concomitante de um propósito econômico real e de um substrato econômico efetivo. A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio;

- A Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997 demonstra que a edição dos arts. 7º e 8º visou justamente a coibir condutas como a estudada nos presentes autos, ou seja, a

Processo nº 13609.000814/2009-93
Acórdão n.º **9101-002.449**

CSRF-T1
Fl. 1.140

realização de operações societárias, sem fins negociais ou efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento, com a única finalidade de usufruir de forma artificial do benefício fiscal de amortização do ágio.

Após apontar alguns julgados do CARF que corroborariam sua tese a respeito da indedutibilidade das despesas de amortização de ágio interno, a PGFN encerra suas contrarrazões pedindo que seja negado conhecimento ao recurso especial manejado pela contribuinte. Caso a CSRF decida por conhecê-lo, a Fazenda Nacional requer a negativa de seu provimento.

Os autos seguiram então para a CSRF para o julgamento dos recursos especiais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Inicialmente, analiso a arguição preliminar de não conhecimento do recurso especial do contribuinte, apresentada em contrarrazões. Caso o recurso seja conhecido, passarei à análise do tema principal do debate travado nos autos, concernente à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio, que é inclusive questão prejudicial à análise da matéria suscitada pela Fazenda Nacional (cobrança concomitante das multas isolada e ofício), cujo exame, tanto do conhecimento quanto do mérito, é deixado para o final.

I) Preliminar de não conhecimento do recurso especial da contribuinte

Intimada a respeito da interposição de recurso especial pela contribuinte, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões em que defende a impossibilidade de seu conhecimento.

Em resumo, alega a PGFN que um acórdão que fundamente sua decisão em dois ou mais argumentos autônomos só pode ser contestado pela via do recurso especial caso se demonstre a existência de divergência jurisprudencial acerca de cada um dos fundamentos utilizados.

Fazendo referência ao despacho que examinou a admissibilidade do recurso manejado pela contribuinte, a PGFN defende que somente um dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido teria sido objeto de comprovação da existência de dissenso jurisprudencial: a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico. Outros fundamentos jurídicos autônomos, nas palavras da PGFN, não foram refutados pela contribuinte, tais como: a não alteração do controle societário das sociedades envolvidas nas operações societárias; a não comprovação de efetivo ônus para o adquirente da participação societária; e o uso de empresa de curta duração (empresa "de passagem" ou "veículo").

Para corroborar sua tese, a PGFN aponta julgado da CSRF (Acórdão nº 9202-01.545) que concluíra ser "inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou o colegiado de origem".

Julgo não assistir razão à PGFN em sua empreitada pelo não conhecimento do recurso especial da contribuinte.

Os julgamentos já realizados por esta CSRF (e também pelas Turmas *a quo*) a respeito da possibilidade ou não de aproveitamento tributário de ágio oriundo de operações societárias sempre trazem à discussão vários aspectos ligados à questão. São abordados temas como: participação de terceiros independentes; verificação de efetivo ônus para o adquirente que registra o ágio; utilização de empresa artificialmente criada para transferência do ágio ou para participação em operação de incorporação (empresa "veículo"); existência de propósito

negocial na reorganização societária; ágio decorrente de mera operação contábil; fundamento econômico do ágio etc.

É enorme a variabilidade dos casos concretos em que empresas e grupos econômicos utilizam o ágio para reduzir suas bases tributáveis de IRPJ e CSLL. Em cada caso julgado, encontra-se uma nova modalidade de reorganização societária que resulta em ágio que se pretende amortizável. Para analisar cada nova hipótese fática colocada sob a lente desta Corte, todos os seus aspectos relevantes devem ser observados para, ao final, construir-se a melhor conclusão a respeito da adequação ou não do caso concreto à hipótese legal abrigada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999. A especificidade de cada caso é que demandará a necessidade de um maior aprofundamento a respeito deste ou daquele aspecto.

Assim, os temas que a PGFN aponta como argumentos jurídicos autônomos (se referindo aos termos utilizados no despacho de exame de admissibilidade do recurso especial da contribuinte) são, na verdade, aspectos fortemente interligados, todos importantes na formação da convicção a respeito da licitude (do ponto de vista tributário) da sequência de operações societárias levadas a efeito pela contribuinte e pelas demais empresas integrantes de seu grupo econômico.

O próprio termo "ágio interno", cunhado nas discussões acerca da licitude das reorganizações societárias, traz implícito em si juízos acerca de outros temas que a PGFN considera como não refutados pelo recurso especial da contribuinte. Quando se fala em "ágio interno", indiretamente se considera que foi gerado em operações envolvendo apenas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, sem a participação de terceiros independentes, sem o efetivo sacrifício patrimonial pelo "adquirente" do investimento, sem ganho patrimonial real para o "alienante" e sem propósito negocial diverso da mera economia tributária.

Sendo assim, a decisão indicada como paradigma pela contribuinte (Acórdão nº 1302-001.145), ao afirmar que o fato de o ágio ter sido gerado internamente é irrelevante para fins de seu aproveitamento tributário, de forma indireta releva também os demais aspectos intrinsecamente ligados à figura do "ágio interno".

Diante do exposto, REJEITO a preliminar de não conhecimento da PGFN e CONHEÇO do recurso especial da contribuinte no que concerne à matéria da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio gerado em operações internas a um grupo econômico.

II) Dedutibilidade das despesas de amortização do ágio

Conhecido o recurso especial da contribuinte, passa-se à análise de seu mérito, ou seja, do ponto central do debate travado nos presentes autos: a regularidade do procedimento, adotado pela contribuinte RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A (atualmente denominada KINROSS BRASIL MINERAÇÃO S/A), de deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas de amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade da empresa MOI, por ocasião das integralizações do aumento de seu capital social. A referida dedução foi realizada ao longo dos anos-calendário de 2005 a 2008.

O ágio foi contabilizado em duas etapas. Em 29/11/2004, o capital social da MOI sofreu aumento que foi integralizado pelo grupo RIO TINTO por meio de conferência das ações de outra empresa controlada, a MOEM. O único ativo relevante desta última empresa

eram ações da contribuinte autuada (51% do total). Como tais ações foram reavaliadas a valor de mercado, surgiu na contabilidade da MOI um ágio no valor de R\$687.236.117,49.

Em 31/12/2004, quando a contribuinte e as empresas MOI e MOEM já estavam submetidas ao controle de outra empresa, a TVX PARTICIPAÇÕES LTDA. (posteriormente renomeada para KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA.), houve a geração da segunda parcela do ágio. O capital social da MOI foi novamente aumentado e integralizado pela entrega dos 49% restantes das ações da contribuinte, cujo valor de mercado foi reavaliado com base no mesmo laudo utilizado em 29/11/2004. Assim, foi contabilizado na MOI ágio de R\$652.659.226,49.

Ainda em 31/12/2004, a contribuinte, então controlada diretamente pelas empresas MOI (49%) e MOEM (51%), incorpora suas controladoras e traz para a sua contabilidade as parcelas de ágio que estavam registradas na MOI. Concluída esta última etapa da reorganização societária, a contribuinte passou 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

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 1997², 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 SCHOUERI³ 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

² 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.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista⁴ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁵:

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.

⁴ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494,

Documento assinado digitalmente em 07/10/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 07/10/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADA

Autenticado digitalmente em 07/10/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 07/10/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADA

16 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 07/10/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADA

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 comercial 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 ATALIBA⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUEI⁷, 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 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 o ágio cujas despesas de amortização a contribuinte pretende dedutíveis teve origem nas duas integralizações de aumento de capital da empresa MOI. Em 29/11/2004, foram recebidas ações da MOEM, detentora de 51% das ações da contribuinte, reavaliadas a valor de mercado, o que provocou a contabilização de ágio de R\$687.236.117,49. Já em 31/12/2004, a mesma MOI recebeu 49% das ações da contribuinte, também reavaliadas, o que gerou o registro de ágio no valor de R\$652.659.226,49.

Em 31/12/2004, a MOI e a MOEM foram incorporadas pela contribuinte, em um processo de incorporação reversa, o que fez com que o ágio contabilizado na primeira empresa ingressasse no patrimônio da incorporadora. De posse de tal ágio, a contribuinte passou a deduzir de seu lucro líquido, entre 2005 e 2008, as despesas decorrentes da sua amortização, sob o argumento de que sua situação amoldava-se à previsão legal abrigada nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Ocorre que tal entendimento não tem amparo legal nos mencionados dispositivos legais ou em quaisquer outros.

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.

A configuração do aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 requer, como foi visto, que a pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio da outra em que detenha participação societária (ou ser absorvida por ela, no caso da incorporação "às avessas") tenha acreditado na "mais valia", feito estudos de rentabilidade futura e efetivamente desembolsado os recursos para a aquisição do investimento.

No caso dos autos, é incontroverso que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, nas operações que originaram as parcelas de ágio de R\$687.236.117,49 e R\$652.659.226,49. Sendo assim, não há que se falar na existência de uma investidora real, que faria jus à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio nos moldes delineados no art. 386 do RIR/1999.

Além disso, também o aspecto material da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 não restou caracterizado no caso concreto. Para que o ágio possa ser objeto de aproveitamento fiscal, é necessária a ocorrência de "confusão patrimonial" entre investidora e investida porque assim passam a coexistir dentro da mesma pessoa jurídica a "mais valia" paga com base na expectativa de rentabilidade futura e o próprio investimento de que se espera tal rentabilidade. É justamente por conta deste encontro que a legislação permite que os contribuintes dêem por perdido o capital investido na "mais valia" e passem a utilizar as despesas de sua amortização como deduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Se não existiu o efetivo dispêndio da investidora por tal "mais valia", não há valor pago a maior que possa ser considerado perdido por ocasião de seu encontro, na contabilidade da mesma pessoa jurídica, com o investimento de que se esperava a produção futura de resultados positivos. Logo, perde o sentido a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio.

Assim, a amortização operada pela contribuinte 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 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 é por ela incorporada. No caso dos autos, não existiu a figura da investidora originária porque não houve dispêndio apto a amparar a criação do ágio que se pretendeu amortizável.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

As parcelas de ágio inicialmente contabilizadas pela MOI, em 29/11/2004 e 31/12/2004, posteriormente incorporadas pela contribuinte, foram criadas sem esta troca de riquezas entre adquirente e alienante. A criação de tal ágio foi um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação.

Isto só foi possível porque as empresas RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A, MOI e MOEM pertenciam ao mesmo grupo econômico nas duas ocasiões, tendo exatamente os mesmos controladores.

Assim, o negócio celebrado entre elas não aconteceu em um ambiente de livre concorrência, em que os atos negociais visam a atender aos interesses de ambos os contratantes, que assumem direitos e deveres proporcionais. O fato de as empresas integrarem um mesmo grupo econômico adiciona novos elementos e interesses maiores ao negócio. Não necessariamente o ato celebrado tem como objetivo beneficiar ambas as partes.

Registre-se que houve, em 23/12/2004, efetiva alienação das ações da empresa MOI (então controladora da MOEM e da contribuinte autuada). A empresa foi vendida por seus antigos controladores (grupo RIO TINTO) para a KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA., mediante o pagamento de US\$249.552.220,00, equivalentes naquela data a R\$672.543.221,47. Esta foi a única operação, entre todas esquadrihadas no processo, realmente celebrada entre partes independentes e com efetivo pagamento pela participação societária.

O fato de tal operação ter sido realizada, entretanto, não altera em nada a análise até aqui exposta. Primeiramente porque, ao contrário do que a contribuinte alegou em fases anteriores do presente processo, o fato de a KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA. ter desembolsado valores pela aquisição da MOI (cujo patrimônio contemplava o controle indireto da contribuinte) não convalida de forma alguma o ágio anteriormente registrado em razão de operação meramente contábil.

Em segundo lugar, a realização da operação não gerou ágio algum. Conforme a própria contribuinte admite, o valor pago era inferior ao valor patrimonial da participação societária adquirida, o que poderia provocar, no máximo, contabilização de um deságio. De toda forma, ainda que houvesse geração de ágio nesta operação especificamente, ele seria contabilizado na KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA., real adquirente da MOI. Para que se pudesse cogitar de aproveitamento tributário deste eventual ágio, a real investidora teria que se envolver em "confusão patrimonial" com a sua investida, hipótese totalmente diversa do que se observou nos autos.

Além disso, a ocorrência da alienação mencionada não altera o fato de que as operações realizadas em 29/11/2004 e 31/12/2004 se deram entre partes relacionadas, no interior de um mesmo grupo econômico. Na primeira operação, as empresas MOI, MOEM e 51% das ações da contribuinte estavam sob o controle do grupo RIO TINTO. Assim, a entrega das ações da MOEM (detentora dos 51% das ações da contribuinte) à MOI, pela controladora RIO TINTO, por ocasião do aumento de seu capital social, indubitavelmente se tratou de operação intragrupo.

Já em 31/12/2004, tanto a recorrente quanto as empresas MOI e MOEM estavam sob controle da KINROSS PARTICIPAÇÕES LTDA., em razão da alienação da MOI ocorrida em 23/12/2004. A entrega à MOI dos 49% restantes das ações da contribuinte, a valor reavaliado, também constituiu, portanto, operação celebrada no interior de um mesmo grupo econômico.

A contribuinte defende que o procedimento adotado por seu grupo econômico, de atualização do valor de mercado de suas ações e sua utilização para fins de integralização do capital social da MOI, teria obedecido à previsão legal contida no art. 36 da Lei nº 10.637/2002. Defende-se assim que tal dispositivo, associado aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e aos arts. 385 e 386 do RIR/1999, autorizaria a posterior amortização do ágio decorrente da reavaliação patrimonial experimentada pela RIO PARACATU MINERAÇÃO S/A.

O citado art. 36 da Lei nº 10.637/2002 teve vigência entre outubro de 2002 (a lei foi produto de conversão da MP nº 66/2002) e dezembro de 2005, tendo sido expressamente revogado pela Lei nº 11.196, de 21/11/2005. Enquanto vigeu, o dispositivo tinha a seguinte redação:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

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

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.

A análise do dispositivo legal demonstra que é descabida a interpretação que a contribuinte tenta lhe dar, no sentido de que haveria ali autorização para a criação de ágio por meio da entrega de participação societária de uma pessoa jurídica, a um valor reavaliado superior ao registrado em sua escrituração contábil, para fins de integralização do capital social de uma segunda pessoa jurídica.

O que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 previa era simplesmente que o ganho de capital auferido por uma empresa controladora na integralização de capital de sua controlada, por meio da cessão de participação societária sobre uma terceira empresa por um valor superior ao registrado contabilmente, não seria computado na apuração do IRPJ e da CSLL. Tal ganho só viria a ser tributado quando o investimento (terceira empresa) fosse alienado, liquidado ou baixado a qualquer título.

Colocando de outra forma, o dispositivo reconhecia que uma empresa que realiza investimentos em uma controlada cobrando uma "mais valia" paga com quotas ou ações de sua propriedade não aufer, neste momento, ganho de capital algum. O ganho de capital só vai existir quando o investimento que lhe deu origem for transferido para fora do grupo econômico. Somente neste momento, com a inevitável participação de terceiros, haverá circulação de riquezas e a conseqüente disponibilidade econômica que caracterizará o ganho de capital a ser tributado pelo IRPJ e pela CSLL.

O art. 36 da Lei nº 10.637/2002 reconhece, portanto, a neutralidade tributária do ganho de capital advindo de um negócio entre empresas pertencentes a um mesmo grupo

econômico e sem circulação efetiva de riquezas. Tal neutralidade é inclusive expressamente mencionada no item 28 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66/2002, posteriormente convertida na citada lei:

"O art. 39 estabelece, igualmente, a **neutralidade tributária nas operações de reorganização societária** e, ao mesmo tempo, adequado controle fiscal para o acompanhamento dessas operações." (Grifou-se)

Esclareça-se que o art. 39 a que se refere a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66/2002 foi convertido no art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Na operação a que se refere o artigo, o direito de uma pessoa jurídica converte-se em outro, de maior valor, por ação determinada unicamente pelo titular de tal direito, que é a controladora direta de duas empresas (após a operação, passa a ser indireto o controle sobre a empresa cujas quotas foram utilizadas para integralização do capital social da outra controlada). Assim, tal direito não chega a deixar o patrimônio da empresa que promove a operação, razão pela qual criou-se a determinação legal de que o correspondente ganho de capital não deveria ser imediatamente tributado.

Além de trazer como objeto principal a determinação do diferimento da tributação do ganho de capital, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 efetivamente autorizava, por via indireta, a integralização do capital social de uma empresa por meio da entrega de participação societária em uma outra pessoa jurídica. Autorizava também que esta participação societária passasse por processo de reavaliação, o que provocaria um descompasso entre o valor de integralização e o valor contábil de registro das ações ou quotas.

Todavia, não se encontra no dispositivo legal analisado, seja de forma direta ou indireta, autorização para que o valor resultante de tal descompasso fosse registrado como ágio. E não poderia ser de outra forma, uma vez que não se pode falar em ágio relacionado a operações exclusivamente internas, em que inexistam partes não relacionadas que concorde em pagar o valor estimado para a "mais valia".

Logicamente, a reavaliação do valor da participação societária dada em integralização de capital social deverá provocar um registro correspondente, em atendimento ao método das partidas dobradas, princípio basilar da Teoria Contábil. Tal registro poderia se dar sob a forma de uma reavaliação de ativos ou ainda de outro ativo intangível. O que não se poderia admitir era o registro de tal diferença sob a rubrica de ágio, ainda mais para fins de posterior obtenção de vantagens fiscais.

Em momento algum o art. 36 da Lei nº 10.637 menciona ou sugere a possibilidade de que a operação ali tratada tivesse como contrapartida o registro de um ágio, como quer fazer crer a contribuinte. Reiterando o que já foi dito: não há sentido em se cogitar da existência de ágio com base em reavaliação promovida unilateralmente por uma empresa controladora, sem que o valor estipulado para a "mais valia" passe pelo crivo de razoabilidade do mercado, por meio da aceitação, por um terceiro, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

Mesmo que se aceitasse como válido um outro argumento, no sentido de que, embora não autorizasse expressamente o registro contábil do ágio, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 também não o proibia, a pretensão da contribuinte continuaria sem amparo. A possibilidade de utilização tributária do ágio, por meio da dedução das despesas decorrentes de

sua amortização, não tem previsão na Lei nº 10.637/2002, mas sim nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Conforme foi detalhadamente analisado, a sequência de operações societárias promovidas pela contribuinte e por outras empresas pertencentes ao seu grupo econômico provocou uma situação que não se amolda à hipótese de incidência requerida pela legislação para fins de acesso à possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio. É a subsunção ao art. 386 do RIR/1999 (cópia dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e que utiliza requisitos previstos no art. 385 do RIR/1999) que define se determinado caso concreto fará jus ou não à dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, sendo inútil a tal análise o exame do art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Este último raciocínio foi desenvolvido apenas para demonstrar a total improcedência do argumento de que o dispositivo da Lei nº 10.637/2002 autorizaria alguém a deduzir despesas de amortização de ágio de seu lucro real ou de sua base de cálculo da CSLL. Na realidade, não havia permissivo legal nem mesmo para o simples registro contábil de ágio em contrapartida à reavaliação da participação societária entregue a empresa controlada a título de integralização de seu capital social.

Este entendimento é corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que já se pronunciou de forma contrária à possibilidade de geração de ágio em operações societárias envolvendo empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de onde se transcreve o seguinte trecho:

"Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que **o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento.** E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), **do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação,** condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length". Portanto, é nosso entendimento que **essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.**" (Grifou-se)

Assim, verifica-se que a CVM não chancela a existência contábil do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, sem dispêndio algum.

Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) já se manifestou de maneira semelhante, por meio da Orientação Técnica OCPC nº 02/2008:

"É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível *ágio* por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação."

Por fim, relevante ainda mencionar que o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) tampouco reconhece a legitimidade do *ágio* gerado intragrupo, como foi expresso nas seguintes Resoluções:

Resolução CFC nº 1.110/2007

"O reconhecimento de *ágio* decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (*goodwill* interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer *ágio* dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado."

Resolução CFC nº 1.303/2010

"48. O *ágio* derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o *ágio* derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo."

Os atos administrativos mencionados e parcialmente transcritos foram todos exarados de 2007 em diante, posteriormente, portanto, ao fim da vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002 e ao período em que a contribuinte e seu grupo econômico praticaram as operações societárias que pretensamente originaram *ágio* passível de aproveitamento tributário (2004).

Isto não significa, entretanto, que o entendimento exposto nos atos administrativos daqueles órgãos fosse novo. A este respeito, observe-se a manifestação da própria CVM por ocasião do julgamento de recurso constante do Processo Administrativo CVM RJ 2007/3480:

"RELATÓRIO

No caso concreto, as demonstrações financeiras da Companhia do exercício de 2006 continham uma informação que a SEP e a SNC consideraram errada: o valor de um ativo (a participação acionária na CPM USA) foi contabilizado por um valor apurado em laudo de avaliação, mas esse bem estava, antes, contabilizado em companhia do mesmo grupo por

valor mais baixo, e o aumento de seu valor se deu por incorporação entre partes relacionadas.

A Companhia não recorreu quanto ao mérito desse entendimento, mas entende que ele somente foi manifestado pela CVM ao mercado através do Ofício- Circular de 2007, divulgado em 14.02.2007,(...)

SEP e SNC confirmam que essa dicção somente constou a partir do Ofício-Circular 01/2007, mas sustentam que o entendimento já era este desde sempre, porque ele decorre dos princípios contábeis geralmente são aplicáveis à escrituração contábil das companhias brasileiras por força do art. 177 da Lei 6.404/76

(...)

O recurso apresentado pela Companhia sustenta que a introdução desse entendimento pela CVM constituiria mudança de critério contábil de que trata o art. 186, §1º da Lei 6.404/76, e, por isso, a determinação de baixa do ágio poderia ser feita mediante ajuste de exercícios anteriores, na primeira ITR, como já teria sido aceito pela CVM em outros precedentes.

Quanto ao primeiro ponto, entendo ter razão a área técnica. **Não se pode afirmar que seja novo o entendimento da CVM quanto à impossibilidade contábil de aproveitamento do ágio interno (assim entendido como aquele gerado em operações entre partes relacionadas). Como lembra a SNC, essa impossibilidade está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor — segundo os especialistas "o mais antigo e discutido princípio de contabilidade" — que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo, ressalvada a hipótese restrita (e mesmo inexistente em alguns países, como nos Estados Unidos) de reavaliação e, ainda, observando-se o valor de recuperação, sempre que menor. Como destacam as áreas técnicas, esse princípio foi expressamente reconhecido na "Estrutura Conceitual Básica de Contabilidade" desde a Deliberação 29/86, além de estar à base da Deliberação 183/95.**

Portanto, ainda que o Ofício-Circular 01/2007 tenha vindo a dar maior destaque à questão específica do ágio interno, o entendimento da CVM sempre existiu, com fundamento do Princípio do Custo como Base de Valor, e era público. Assim, não vejo como sustentar, portanto, que se possa falar em "mudança de critério contábil" (Grifou-se).

Diante de todo o exposto, conclui-se que as próprias Ciências Contábeis têm restrições em relação à existência do ágio gerado internamente, por meio de operações societárias realizadas no interior de um grupo econômico. Com base nisso e na inexistência de lei que estabeleça tratamento tributário diferenciado para este instituto, forçoso se faz concluir pela inutilidade do denominado "ágio interno" para os fins tributários pretendidos pela contribuinte.

Ainda que não bastassem todos os argumentos já apresentados no sentido da indedutibilidade das despesas de amortização do ágio gerado nas operações societárias celebradas no interior do grupo econômico da contribuinte, a análise do caso realizada sob outro enfoque leva à mesma conclusão.

O aproveitamento tributário do ágio discutido nos presentes autos 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 vênica 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."

Acrescente-se à análise reproduzida que os pronunciamentos da CVM, CPC e CFC, transcritos alhures, deixam claro que as Ciências Contábeis não reconhecem o ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico. Assim, do ponto de vista contábil, são inexistentes tanto este ágio quanto as despesas decorrentes de sua amortização.

Sendo inexistentes as despesas de amortização do "ágio interno", não podem afetar a apuração do lucro líquido e, conseqüentemente, do lucro real e da base de cálculo da CSLL (que decorrem do lucro líquido calculado nos termos da legislação comercial). É o que se depreende da literalidade dos arts. 247 e 248 do RIR/1999:

Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

§1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, §1º).

§2º Os valores que, por competirem a outro período de apuração, forem, para efeito de determinação do lucro real, adicionados ao lucro líquido do período de apuração, ou dele excluídos, serão, na determinação do lucro real do período de apuração competente, excluídos do lucro líquido ou a ele adicionados, respectivamente, observado o disposto no parágrafo seguinte (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §4º).

(...)

Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º). (Grifou-se)

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como as encontradas nos presentes autos, internas, 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.

Negado o provimento ao recurso especial da contribuinte, subsiste o interesse na análise do recurso especial manejado pela PGFN.

III) Preliminar de não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional

A contribuinte defende que o conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional afrontaria o §3º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015 (equivalente ao §2º do art. 67 do Anexo II do RICARF/2009, vigente à época da apresentação do recurso), uma vez que o Acórdão nº 1102-001.305 teria aplicado ao caso concreto o entendimento sedimentado na Súmula CARF nº 105.

Rememorando, a citada súmula estabelece que a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/1996, não pode ser cobrada em concomitância com a multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurados no ajuste anual. Já o acórdão recorrido, no voto que prevaleceu em relação ao tema, conclui ser incabível a aplicação simultânea da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional pela falta de pagamento do tributo apurado ao fim do mesmo ano-calendário por considerar que incidiriam sobre a mesma infração.

O despacho que examinou a admissibilidade do recurso especial interposto pela PGFN lhe deu seguimento parcial por entender que a impossibilidade da cobrança concomitante das multas isolada e de ofício relativamente aos anos-calendário 2005 e 2006 é matéria sumulada no âmbito do CARF, não podendo ser atacada pela via do recurso especial, conforme estabelecia o art. 67, §2º, do Anexo II do RICARF/2009. Já em relação aos anos-calendário 2007 e 2008, o despacho considerou que a Súmula CARF nº 105 não os contemplaria, uma vez que o inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, explicitamente mencionado no texto, foi revogado pela MP nº 351, de 22/01/2007 (convertida na Lei nº 11.488/1997).

Em suas contrarrazões, a contribuinte argumenta que a Súmula CARF nº 105 não tem sua aplicabilidade restrita ao período de vigência do inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Em favor de sua tese, defende que a previsão da multa isolada contida no dispositivo mencionado na súmula (que teve vigência até o fim de 2006) é essencialmente idêntica à trazida pelo art. 44, inciso II, alínea "b", da mesma Lei, na nova redação introduzida pela MP nº 351/2007 e pela Lei nº 11.488/2007. Desta forma, a expressa menção ao dispositivo mais antigo teria o simples objetivo de identificar a que multa isolada a súmula estaria se referindo, sem qualquer caráter limitador no tempo.

Além disso, a contribuinte afirma que o exame dos acórdãos utilizados como paradigma para a edição da súmula demonstra que a conclusão ali construída decorre especificamente da própria incompatibilidade entre as cobranças simultâneas da multa de ofício e da multa isolada, tese que independeria de alguma especificidade da redação encontrada no inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que vigeu até o fim do ano 2006.

Devidamente compreendida a alegação de não conhecimento do recurso especial levantada pela contribuinte, então na qualidade de recorrida, julgo não caber-lhe razão.

A Súmula CARF nº 105 é explícita ao mencionar a impossibilidade de cobrança concomitante da "multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996" com a "multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual". Observe-se que o dispositivo legal que fundamenta a cobrança da multa de ofício não é mencionado.

Sendo assim, improvável que o inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 tenha sido citado simplesmente para que se pudesse identificar de que multa isolada a Súmula estaria tratando, como alega a contribuinte. Se assim fosse, provavelmente a referência à multa de ofício também viria acompanhada da menção ao dispositivo legal que a fundamenta.

Tendo sido a Súmula editada pela 1ª Turma da CSRF apenas em 08/12/2014, muito tempo após a revogação do inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e o início da vigência da Lei nº 11.488/1997, seria esperado que ela fizesse alguma referência genérica como "A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas não pode ser exigida (...)" caso não desejasse se referir especificamente à multa isolada prevista no dispositivo revogado em 2007.

Por fim, também não procede a alegação da contribuinte de que as previsões contidas no inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (vigente até o final de 2006) e na

alínea "b" do inciso II do art. 44 da mesma Lei (vigente a partir do início de 2007) são essencialmente idênticas.

Na redação anterior, previa-se a exigência de multa isolada, calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição, no caso de a pessoa jurídica sujeita ao pagamento do IRPJ e da CSLL, na forma do art. 2º da Lei nº 9.430/1996, deixar de fazê-lo, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente. O percentual da multa aplicável era de 75%.

Já na redação introduzida pela MP nº 351/2007 e pela Lei nº 11.488/2007, prevê-se a cobrança de multa isolada de 50%, calculada sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado na forma do art. 2º da Lei nº 9.430/1996, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente.

Verifica-se, portanto, que as previsões não são "essencialmente idênticas". Houve alterações expressas na base de cálculo e nos percentuais aplicáveis. A análise da questão, portanto, ao meu ver, não pode ser esgotada em sede de juízo de admissibilidade do recurso especial.

Assim, entendo inaplicável ao caso sob análise a restrição tipificada no art. 67, §3º, do Anexo II do RICARF/2015 (art. 67, §2º, do Anexo II do RICARF/2009), razão pela qual REJEITO a preliminar de não conhecimento da contribuinte e CONHEÇO do recurso especial da PGFN em relação às multas isoladas relacionadas aos anos-calendário 2007 e 2008, nos termos expostos no despacho que lhe examinou a admissibilidade.

IV) Cobrança concomitante das multas isolada e de ofício

O objeto da contestação se refere ao entendimento exposto no acórdão recorrido no sentido de que a multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas mensais não pode ser cobrada concomitantemente com a multa de ofício devida por conta da falta de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados no ajuste anual.

O acórdão recorrido adotou tal entendimento em relação a todos os anos-calendário para os quais a Fiscalização havia lançado multas isoladas: 2005, 2006, 2007 e 2008. Entendeu portanto a decisão que a impossibilidade de cobrança concomitante independe especificamente do teor da Súmula CARF nº 105, estendendo-se aos períodos em que não mais vigia o inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, textualmente mencionado na Súmula.

Conforme já foi descrito, a contribuinte apresentou arguição preliminar de não conhecimento do recurso especial da PGFN, argumentando que a Súmula CARF nº 105 não teria sua aplicabilidade restrita ao período de vigência do inciso IV do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Assim, todo o objeto do recurso da PGFN estaria em conflito com entendimento sumulado no âmbito do CARF, o que impediria a admissão da peça recursal por afronta ao art. 67, §2º, do Anexo II do RICARF/2009 (art. 67, §3º do Anexo II do RICARF/2015). Tal arguição restou vencida neste voto, sendo conhecido o recurso fazendário.

O voto que prevaleceu no acórdão recorrido em relação a este tema considerou ser impossível a cobrança simultânea da multa de ofício estabelecida no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e da multa isolada pelo não pagamento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, independentemente de esta última ter sua previsão retirada do revogado inciso

IV do §1º do art. 44 ou da alínea "b" do inciso II do art. 44, ambos da mesma Lei nº 9.430/1996. A mudança do dispositivo legal que prevê a multa isolada foi operado, como já citado, pela MP nº 351/2007, que veio a ser convertida na Lei nº 11.488/2007.

A conclusão do voto vencedor do acórdão recorrido foi fundamentada com base no argumento de que o não pagamento das estimativas apuradas no curso do ano-calendário seria apenas uma etapa preparatória da execução da infração consumada após a apuração do tributo devido em relação a todo o período (não recolhimento do IRPJ e da CSLL apurados no ajuste anual). Assim, a cobrança concomitante das duas multas representaria violação ao princípio da consunção e dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato.

Dirirjo de tal entendimento pelas razões que passo a expor.

Até o advento da MP nº 351/2007 e da Lei nº 11.488/2007, a multa isolada devida por ausência de pagamento das estimativa mensais de IRPJ e de CSLL tinha a seguinte previsão:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

(...)

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídicas sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

(...)

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488/2007, passou a dispor a mesma Lei nº 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal;

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

(...)

Observem-se as alterações efetivas operadas pela mudança de redação: (i) a multa isolada não é mais calculada sobre "a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição"; passando a incidir sobre o valor do pagamento mensal que deixar de ser pago na forma prevista no art. 2º da mesma lei; (ii) o percentual aplicável no cálculo da multa passa de 75% para 50%.

A antiga redação do art. 44 efetivamente não deixava tão clara a distinção entre as multas de ofício e isolada. A base sobre a qual as multas incidiam era prevista de forma conjunta, no *caput* do artigo ("calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição"). O percentual aplicável para ambas as multas também era fixado no mesmo dispositivo, o inciso I do artigo ("setenta e cinco por cento"). Somente no inciso IV do §1º é que existia a previsão específica da exigência de multa isolada pelo não pagamento de IRPJ ou CSLL na forma do art. 2º da Lei nº 9.430/1996 (estimativas mensais com base na receita bruta do período).

A falta de clareza na antiga redação do art. 44 e o fato de parte das previsões das duas multas constarem dos mesmos dispositivos (mesma base de cálculo, inclusive) foram, em grande medida, responsáveis pela sedimentação do entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de cobrança simultânea das multas isolada e de ofício. Por conta disso, editou-se a multicitada Súmula CARF nº 105:

Súmula CARF nº 105 : A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Com o advento da MP nº 351, de 22/01/2007, e sua posterior conversão na Lei nº 11.488, de 15/06/2007, julgo terem sido extirpadas as fontes de dúvida interpretação do art. 44 no que diz respeito à previsão das multas isolada e de ofício. A nova redação é clara em relação às hipóteses de incidência de cada uma das multas, suas bases de cálculo e percentuais aplicáveis.

Conforme expus na rejeição da arguição preliminar de não conhecimento do recurso especial da PGFN, apresentada pela contribuinte, não considero razoável se considerar que tenha sido casual a expressa menção, pela Súmula CARF nº 105, do dispositivo que tipificou a multa isolada ali mencionada. A Súmula foi editada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014, muitos anos após as mudanças redacionais introduzidas pela Lei nº 11.488/2007. Caso a egrégia Turma quisesse se referir indiscriminadamente a qualquer multa isolada, anterior ou posterior à alteração da redação do art. 44, o teria feito simplesmente deixando de mencionar o art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996.

Neste mesmo sentido já se manifestou a CSRF no Acórdão nº 9101-00.947, cujo voto condutor assim se pronunciou:

"Da comparação entre a redação vigente e a anterior do mesmo dispositivo, constata-se que com as alterações introduzidas recentemente a penalidade isolada não deve mais incidir **"sobre a totalidade ou diferença de tributo"**, mas apenas sobre **"valor do pagamento mensal"** a título de recolhimento de estimativa. Além disso, para compatibilizar as penalidades ao efetivo dano que a conduta ilícita proporciona, ajustou-se o percentual da multa pela falta de recolhimento de estimativas para 50%, passível de redução a 25% no caso de o contribuinte, notificado, efetuar o pagamento do débito no prazo legal de impugnação.

Desta forma, a penalidade isolada aplicada em procedimento de ofício em função da não antecipação no curso do exercício se aproxima da multa de mora cobrada nos casos de atraso de pagamento de tributo (20%). Providência que se fazia necessária para tomar a punição proporcional ao dano causado pelo descumprimento do dever de antecipar o tributo.

Porém, **este novo disciplinamento das sanções administrativas aplicadas no procedimento de ofício passaram a vigor somente a partir de janeiro de 2007**, portanto, após os fatos de que tratam os autos.

No caso presente, em relação ao ano-calendário 1998, a contribuinte foi autuada para exigir principal e multa de ofício em relação a CSLL não recolhida ao final do exercício e, concomitantemente, foi aplicada multa isolada sobre a mesma base estimada não recolhida. Como dito acima, essa dupla penalização sobre ilícitos materialmente relacionados e por força do princípio da consunção, não pode subsistir." (Grifou-se)

Interpretando *a contrario sensu* a referida decisão, conclui-se que, a partir de janeiro de 2007, quando entrou em vigência a MP nº 351/2007, não subsistem os motivos que outrora impediam a cobrança concomitante das duas multas.

Diante de todo o exposto, não vislumbro óbice à cobrança cumulativa das multas isolada (art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430/1996) e de ofício (art. 44, inciso I, da mesma Lei) para infrações ocorridas a partir de janeiro de 2007.

Portanto, relativamente ao pedido de restabelecimento da exigência das multas isoladas lançadas em vista do não recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL apuradas ao longo dos anos-calendário 2007 e 2008, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Desse modo, voto no sentido de:

- CONHECER dos recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pela contribuinte;
- NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte quanto ao pleito de anulação do lançamentos tributários de IRPJ e CSLL decorrentes da glosa de dedução relativa à amortização de ágio;
- DAR provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer a cobrança da multa isolada relativa aos anos-calendário 2007 e 2008.

Processo nº 13609.000814/2009-93
Acórdão n.º **9101-002.449**

CSRF-T1
Fl. 1.171

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo

CÓPIA