



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

Processo n° 13971.005209/2010-12
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.222 – 1ª Turma
Sessão de 9 de novembro de 2017
Matéria Ágio - Operações com Partes Relacionadas; Ágio - Empresa Veículo; e Incidência de Juros de Mora sobre Multa de Ofício
Recorrente CREMER S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

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 alienantes e adquirentes integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, 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 que pretendeu criar.

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

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

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a “confusão patrimonial”, advinda do processo de incorporação, não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
LEGALIDADE.

Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora à taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de ofício proporcional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, (i) quanto à primeira operação de ágio, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator) e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento; (ii) quanto à terceira operação de ágio, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Demetrius Nichele Macei, que lhe deram provimento e (iii) quanto à incidência de juros de mora sobre multa de ofício, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF). Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Gerson Macedo Guerra, substituído pelo conselheiro Demetrius Nichele Macei.

(assinado digitalmente)
Adriana Gomes Rêgo – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)
Luís Flávio Neto – Relator

(assinado digitalmente)
Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição aos impedimentos de conselheiros) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente em exercício). Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por **CREMER S/A** (doravante “**contribuinte**” ou “**recorrente**”), em face do acórdão n. **1102-001.006** (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela então 2ª Turma Ordinária, 1ª Câmara, desta 1ª Seção (doravante “**Turma a quo**”).

As matérias ora trazidas à análise deste Colegiado versam sobre a legitimidade da amortização de ágio em uma operação realizada entre partes relacionadas, sobre a legitimidade da amortização de ágio em uma outra operação na qual houve participação de “empresa veículo” e, por fim, quanto à incidência de juros sobre multa de ofício.

Conforme se colhe dos autos, especialmente quanto às matérias que ora são submetidas a este Colegiado da CSRF, o contribuinte teria sido autuado em face do seguinte contexto:

“A recorrente foi autuada por ter excluído da base de cálculo do lucro real do ano-calendário de 2006 prejuízos fiscais (atendido o limite de 30%) obtidos em

3. DAS INFRAÇÕES 3.1. DA GLOSA DE DESPESAS COM ÁGIO 3.1.1. DA DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO GERADORA DO ÁGIO

O ágio aqui referido teve origem em operação de aquisição dos papéis da contribuinte fiscalizada, CREMER S/A (doravante denominada CREMER ou FISCALIZADA), pela CREMER PARTICIPAÇÕES S/A (doravante denominada CREMERPAR). Tal operação está inserida em operação mais complexa, que envolveu a alteração do controle acionário da CREMER. Abaixo, transcrevemos trecho da página 26 do DOC. 30 - RELATÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO - CREMER - MAIO/2006 (referente ao ano de 2005), com grifos nossos:

“O ágio foi gerado na CREMERPAR quando da aquisição da participação majoritária da Companhia. O seu fundamento econômico é a rentabilidade futura da Companhia e é amortizado pelo método linear em 5 anos, registrado como despesa administrativa, ou baixado caso as condições que fundamentaram essa rentabilidade futura não se confirmarem de forma permanente.”

Assim, verifica-se de imediato que o ágio em questão está lastreado em rentabilidade futura da CREMER, tendo sido apresentado pela CREMER o laudo de avaliação da TERCO AUDITORES INDEPENDENTES, conforme DOC. 4 - LAUDO DE AVALIAÇÃO TERCO - ANEXO I. De se ressaltar esta Fiscalização verificou a existência de outro laudo de avaliação, emitido pela BRASILPAR [...].

Questionada sobre a base legal que se utilizou para justificar a amortização do ágio em questão, a CREMER informou estar lastreada no art. 386 do RIR/99.

[...]

3.1.2. DA ESTRUTURA SOCIETÁRIA DA CREMER

[...]

A CREMER era empresa de capital aberto com ações negociadas em Bolsa, com o controle acionário detido por grupos familiares. Em Fato Relevante de maio de 2003 (DOC. 31 - FATO RELEVANTE 09/05/2003), a CREMER formalizou a intenção de grupo estrangeiro (MERRILL LYNCH GLOBAL PARTNERS - MLGP) em adquirir o controle acionário da empresa, conforme seguinte trecho, com grifos nossos:

“A CREMER S/A (“Companhia”) comunica aos seus acionistas e ao público em geral que firmou, nesta data de 09 de maio de 2003, em conjunto com seus acionistas controladores, [...] e J. R. Fagundes & Associados Ltda. (a “Applied”), uma Letter of Intent (Carta de Intenção) com a Merrill Lynch Global Partners, Inc. (“MLGP”), pela qual a MLGP, por si ou por uma ou mais de suas afiliadas ou co-investidores, manifestou a intenção, sem efeito vinculativo, de subscrever ações em um montante entre R\$ 90 milhões e R\$ 100 milhões do capital de uma sociedade holding a ser formada pelos Controladores e a Applied para deter o controle da Companhia (a “Newco”).”

Veja que já nesta data, 09 de maio de 2003, houve a manifestação de se criar uma nova companhia, a NEWCO, que passaria a controlar a CREMER. Ao final, este mesmo Fato Relevante demonstra o real propósito de criação desta NEWCO:

“Após a realização da OPA, pretende-se que o processo do ajuste da estrutura de capital da Companhia seja concluído mediante a capitalização dos recursos aportados pela Newco, bem como a incorporação da Newco pela Companhia, a fim de que a Companhia possa aproveitar o benefício fiscal a ser gerado na transação. [...]”

De se esclarecer que esta NEWCO viria a ser a CREMERPAR, já citada anteriormente. A esta época, maio de 2003, a CREMERPAR sequer existia, mas já se sabia que seria criada para ser incorporada, por outra companhia, no caso a sua futura controlada, a CREMER.

De se destacar também que, já na Carta de Intenções, foi externado o intuito de aproveitamento do ágio a ser formado na operação. Para tanto, de acordo com a legislação (art. 386 do RIR/99), teria que haver alguma reorganização societária (fusão, cisão ou incorporação) para viabilizar o aproveitamento deste ágio a ser formado, o que justificou a criação de uma empresa, a CREMERPAR, que nasceu com data certa para ser extinta, mediante sua incorporação pela CREMER, sua controlada

Continuando na evolução da estrutura societária, recorreremos agora a alguns trechos das INFORMAÇÕES ANUAIS (IAN) de 2005 emitidas pela CREMER

[...]

“Na mesma data de 19 de dezembro de 2003, os então acionistas controladores da Cremer S/A transferiram a totalidade de suas 205.429.897 ações de emissão da Cremer S/A, além de 14.592.000 ações de emissão da subsidiária Plásticos Cremer S/A, via contribuição em aumento de capital, para as sociedades F. I. Participações Ltda. (Fipar) e SZS Participações Ltda. (Szspar). Assim, a Fipar e a Szspar passaram a ser controladoras diretas da Cremer, na medida em que, conjuntamente, passaram a deter 65,36% das ações ordinárias e 40,04% do capital total da Cremer.”

[...]

“Em 02 e 10 de março de 2004, a Fipar, a Szspar e a acionista J. R. Fagundes e Associados Ltda. (Applied), que aderiu ao bloco de controle, transferiram conjuntamente à Cremer Participações S/A, via contribuições em aumento de capital, [...] totalizando 275.979.347 ações de emissão da Cremer (53,80% do capital total) [...]. Nesse momento, a Cremer Participações S/A passou a ser a controladora direta da Cremer S/A.”

[...]

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém reproduzir o diagrama da estrutura societária antes da OPA que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

(...)

“Com o sucesso da OPA e o fechamento do capital da Cremer S/A, a Fipar, a Szspar e a Applied, então controladoras diretas das Cremer Participações S/A e controladoras indiretas da Cremer S/A, transferiram conjuntamente, via contribuição em aumento de capital, a totalidade das ações de emissão da Cremer Participações S/A para a Cremer Holdings LLC (Cremer Holdings), sociedade formada nos Estados Unidos [...]”

[...]

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o diagrama da estrutura societária depois da OPA que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

[...]

3.1.3 DA VALORAÇÃO DO ÁGIO

[...]

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o seguinte trecho contido no Termo de Verificação Fiscal que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

a) A formação do ágio teve como origem aquisições de ações da CREMER pela CREMERPAR, aquisições estas que se deram, ou por aumento de capital na CREMER (no valor total de R\$ 60.395.852,04), ou por aquisição das ações de terceiros (num total de R\$ 20.273.692,60), perfazendo o pretenso ágio no montante de R\$ 80.669.544,04;

b) Considerando que o Patrimônio Líquido da CREMER era negativo em 28/04/2004, houve o entendimento por parte da

CREMERPAR de que todos os valores que fossem capitalizados na CREMER acarretariam ágio, até que o PL da investida se tornasse nulo. Assim, apesar de ter havido, ao longo de 2004, um aumento de capital na CREMER no total de R\$ 87.775.953,46 (= 23.500.000,00 + 18.913.793,46 + 45.362.160,00), apenas R\$ 60.395.852,04 foram considerados ágio. Na última capitalização, ocorrida em 22/11/2004, no valor de R\$ 45.362.160,00, apenas R\$ 17.982.058,58 foram considerados ágio, sendo o restante, R\$ 27.380.101,42, escriturados na conta de investimentos de nome CREMER S/A (tal entendimento foi confirmado pela CREMER em sua resposta ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL Nº 01). A tabela abaixo resume a situação anteriormente exposta:

c) Da mesma forma, os R\$ 20.273.692,60 “pagos” a terceiros (bloco de controle e minoritários) na aquisição dos papéis da CREMER foram levados à conta de ágio, uma vez que, teoricamente, representaram mais valia em relação ao PL da empresa que era negativo no momento destas aquisições;

d) Com a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, o valor total do ágio (R\$ 80.669.544,64) foi transferido para a CREMER, e amortizado nos anos seguintes à razão de 20% ao ano, perfazendo uma amortização anual de R\$ 16.133.908,92; }

[...]

De forma a entendermos melhor o ocorrido nesta operação complexa que formou o ágio, convém dividi-la em 03 partes, conforme abaixo, em relação as quais passaremos a discorrer detalhadamente:

- Aquisição das ações do bloco que detinha o controle acionário da CREMER (Grupo Familiar e a J R FAGUNDES & ASSOCIADOS - APPLIED);

- Aquisição das ações dos minoritários; • Aquisição das ações através de aumentos de capital efetivados na CREMER.

AQUISIÇÃO DO BLOCO DE CONTROLE

Esta parte da operação envolveu o montante de R\$ 9.307.341,21, conforme lançamentos abaixo reproduzidos, extraídos da conta 13101090 – Ágio CREMER da contabilidade da CREMERPAR:

(...)

Analisando esta parcela do ágio de forma isolada, vemos que os fatos se sucederam da seguinte forma:

- De acordo com a Ata da Assembléia Geral de Constituição (DOC. 3 - ATOS CONSTITUTIVOS CREMERPAR - ANEXO I), a CREMERPAR foi criada em 03/10/2003 (capital social de R\$ 100,00), tendo como sócios as pessoas de JOSÉ ROBERTO ROHNELT FAGUNDES (sócio da JR FAGUNDES & ASSOCIADOS - APPLIED) e Artur Fouquet Junior (que viria a ser sócio da empresa FI PARTICIPAÇÕES - FIPAR);

- Em dezembro de 2003, o grupo que detinha o controle da CREMER era representado pelas empresas FI PARTICIPAÇÕES (FIPAR), SZS PARTICIPAÇÕES (SZSPAR) e JR FAGUNDES & ASSOCIADOS (APPLIED)

[...]

• Em 02 e 10 de março de 2004, a FIPAR, SZSPAR e a APPLIED transferiram, conjuntamente, para a CREMERPAR, via aumento de capital, suas ações da CREMER, [...] Com isso, a CREMERPAR passou a controlar a CREMER [...].

• Nesta “aquisição” das ações da CREMER por parte da CREMERPAR, houve geração de ágio na CREMERPAR, no montante de R\$ 9.307.341,21, conforme já detalhado. Este ágio teve por razão o fato do Patrimônio Líquido da CREMER estar negativo, ensejando que qualquer valor “pago” na aquisição de papéis desta empresa consistiria inteiramente em ágio (o valor patrimonial da ação adquirida era nulo);

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o seguinte trecho contido no Termo de Verificação Fiscal que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

• Constata-se que o “pagamento” aos controladores, para a aquisição destas ações da CREMER, deu-se com papéis de emissão da CREMERPAR,, que a esta altura já era controlada pela FIPAR e SZSPAR. Assim, por exemplo, a FIPAR, detentora de papéis da CREMER, deu estes papéis para a subscrição das novas ações emitidas pela CREMERPAR. Da mesma forma se sucedeu com a SZSPAR e APPLIED; }

[...]

• Em 31/12/2004, houve a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, passando esta a deter o direito de amortizar o ágio advindo da incorporada, nos termos do art. 386 do RIR/99.

[...]

De se ressaltar que esta análise se faz sem a interferência das outras partes da operação, que envolveram outras personagens (MLGP e CREMER HOLDINGS), que não participaram efetivamente desta fase da operação.

[...]

• Ou seja, a estrutura retornou à sociedade original. De se esclarecer que a esta altura, em 31/12/2004, a FIPAR, a SZSPAR e a APPLIED não detinham mais o controle direto da CREMER, mas sim faziam parte do quadro societário da CREMER HOLDINGS, controlada pela MLGP [...] Porém, como dito, avaliando a operação de forma isolada, esta parcela do ágio de R\$ 9.307.341,21 resultou da sucessão dos fatos acima descritos, sendo a CREMER HOLDINGS e a MLGP apenas figurantes para efeitos da geração desta parte do ágio. Em resumo, esta parte do ágio só teve a participação da CREMER, da CREMERPAR, da FIPAR, da SZSPAR e da APPLIED.

• Ademais, verifica-se que nesta parte da operação, não houve nenhum tipo de desembolso de recursos para a formação do ágio. Houve apenas troca de papéis intragrupo, sendo que o ágio pago seria justificado pelo Laudo da Avaliação da BRASILPAR dando conta do valor de mercado da CREMER.

[...]

Da cronologia acima exposta, verifica-se que estamos diante de um ágio sem substância econômica, intragrupo, formado em uma negociação carente da independência entre os agentes.

A CVM se posicionou sobre a questão em seu OFÍCIO CIRCULAR CVM SNC SEP 01/2007, conforme trecho abaixo [...]:

A CVM observa que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como a independência entre as partes, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial.

Portanto, se o ágio intragrupo não é reconhecido pela lei societária e pela contabilidade, também não o será pela lei tributária, por força do disposto nos artigos 247 do RIR/99 e 274 da Lei 6.404/1976.

De se concluir então que esta parcela do ágio, de valor igual a R\$ 9.307.341,21, mostra-se indevida para fins da amortização permitida pelo art. 386 do RIR/99, devendo, pois ser objeto de glosa.

AQUISIÇÃO DOS MINORITÁRIOS

Esta parte da operação perfaz um valor de R\$ 10.966.351,39, conforme lançamentos abaixo reproduzidos: [...]

Estes valores representaram desembolsos efetivos realizados pela CREMERPAR para a aquisição de ações da CREMER detidas pelos Minoritários. Envolve, assim, aquisição de terceiros independentes. Como explicitado nos relatórios da empresa, houve uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) que regulou a forma em que os papéis detidos por acionistas minoritários seriam adquiridos pela CREMERPAR.

AQUISIÇÃO VIA AUMENTO DE CAPITAL

Esta última parte da operação evoluiu o montante de R\$ 60.395.852,04, detalhado nos lançamentos abaixo:

(...)

Como já visto, esta parcela do ágio se justificou, no entendimento da CREMERPAR, pelo fato destes aportes de recursos na CREMER terem sido efetivados com seu Patrimônio Líquido ainda negativo. Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram o tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo [...]

Sobre esta parcela do ágio, cumpre abordarmos duas questões relevantes, quais sejam, a possibilidade de geração de ágio nos processos de subscrição de ações e o tratamento a ser dado aos aportes de recursos em uma investida com PL negativo.

a) Do ágio gerado em subscrições de ações:

Em relação a esta primeira questão, devemos verificar se meras subscrições para aumento de capital em uma empresa deficitária (PL negativo) dão ensejo a considerar os aportes como ágio. Devemos ressaltar que por ocasião do primeiro aumento de capital, em 31/05/2004, a CREMER, já pertencida, formal e

materialmente, à CREMERPAR, esta controlada pela CREMER HOLDINGS, que, por sua vez, estava sob o controle da MLGP. Assim, nestes aportes de capital, a CREMERPAR nada adquiriu, apenas injetou recursos na controlada de forma a sanear suas dívidas.

Para a formação de ágio há que se ter uma aquisição perante terceiros, que no caso em tela, foi concretizada em momento anterior, na aquisição dos papéis dos minoritários, e não nos aportes de capital efetivados posteriormente.

O MANUAL DE CONTABILIDADE da FIPECAFI aborda a questão da seguinte forma:

“Nos itens anteriores vimos que:

[...]

b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente,

pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando acionistas atuais (empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.”

Ora, o exposto pelo citado Manual coaduna com a situação sob análise, senão vejamos. As subscrições havidas pela CREMERPAR não alteraram seu percentual de participação na CREMER, uma vez que já era de praticamente 100%. Além disso, a CREMERPAR não era uma nova acionista, não se amoldando, assim, na exceção prevista pelos autores da FIPECAFI.

Esta parcela de ágio pretendido pela empresa não passou de meros aumentos de capital em uma investida que apresentava PL negativo. [...]

Em nosso caso, como já dito, não houve nenhum tipo de alteração no percentual de participação com estas subscrições havidas, não ensejando a geração de ágio algum.

[...]

De se atentar ainda que a situação aqui debatida é bem diferente de uma aquisição, com efetivos pagamentos (desembolsos), de uma empresa com PL negativo. Num caso em que envolva efetivo desembolso e partes independentes, o ágio eventualmente pago seria legítimo, limitado, é claro, ao valor efetivamente desembolsado. Porém, quando uma empresa já detém o controle de outra, e passa a fazer aportes de recursos, ainda que aportes

efetivos, isto não dá ensejo à formação de ágio. Como dito, no momento em que a CREMERPAR passou a injetar recursos na CREMER, via aumento de capital, ela já era “dona” da CREMER, não estando, pois, a adquirir nada!

[...]

Mas então qual seria o tratamento a ser dado aos aportes de capitais realizados em uma investida com PL negativo? Passemos então a abordar [...]

b) Do aumento de capital em investida com PL negativo:

Acerca do tema, os autores da FIPECAFI entendem que a natureza da subscrição de capital efetuada em empresa investida, com patrimônio líquido negativo, tem natureza de perda, prejuízo, e não ágio como pretendido e escriturado pela CREMERPAR.

[...]

Verifica-se assim que o tratamento dado pela CREMERPAR nas integralizações realizadas na CREMER está equivocado. Deveria ter reconhecido estes valores injetados na investida como perda, afetando diretamente seu resultado em 2004.

Desta forma, verifica-se indevida a consideração como ágio o valor de R\$ 60.395.852,04, devendo ser objeto de glosa.

3.1.4. DO VALOR DO PL NEGATIVO

Nota: Neste tópico, a Fiscalização tece considerações acerca do valor do PL Negativo, procurando mostrar que tal valor teria sido majorado, que em verdade seria negativo, mas por um valor bem menor, conforme Tabela 7 - Ajustes ao Patrimônio Líquido (fl. 447) - que se reproduz abaixo, entretanto, a autoridade autuante glosou integralmente o valor equivalente ao PL Negativo, o que nos leva a crer que tal digressão não teve influência na matéria tributável apurada, conforme depreende-se do relato a seguir:

(...)

Desta forma, a parcela do pretense ágio almejado com as integralizações realizadas estaria limitada pelo valor do Patrimônio Líquido Ajustado acima. Vale, porém, repisar que esta parcela do ágio, no valor de R\$ 60.395.852,04, foi glosada integralmente, conforme razões expostas no item 3.3 deste termo {Comentário deste Relator do CARF: as razões estão expostas no item 3.1.3}, tendo o presente tópico apenas demonstrado que o valor do PL da empresa estava incorreto, o que acarretou uma valoração indevida do ágio por parte da FISCALIZADA.

3.1.5. DOS LAUDOS DE AVALIAÇÃO

Considerando ser requisito legal para possibilitar a amortização de ágio por rentabilidade futura, convém analisarmos os laudos de avaliação da TERCO AUDITORES INDEPENDENTES e da BRASILPAR.

[...]

Assim, de se concluir que houve um processo de avaliação (Laudo da BRASILPAR) para balizar a aquisição das ações do bloco de controle e dos minoritários, enquanto outro laudo

(TERCO) serviu de parâmetro para justificar o ágio no processo de aquisição das ações da CREMER pela CREMERPAR, via aumentos de capital.

Ocorre que este laudo da TERCO não pode balizar um processo de geração de ágio, pois como dito, as subscrições para aumento de capital havidas na CREMER pela CREMERPAR não dão ensejo à geração de ágio algum. Deveriam ter sido contabilizadas como perda, e não como ágio.

[...]

3.1.6. DA APURACÃO DOS VALORES

Em relação aos fatos acima relatados, relacionados a amortização de ágio indevido, verifica-se que a FISCALIZADA incorreu em contabilização de despesas desnecessárias para a sua atividade, nos termos do art. 299 do RIR/99.

Do valor total do ágio apurado, R\$ 80.669.544,64, deve ser objeto de glosa R\$ 69.709.163,25, conforme abaixo discriminado:

(...)

Como a amortização se daria em 05 anos, a parcela dedutível em cada ano deveria ser de R\$ 2.193.270,27. Considerando que a FISCALIZADA amortizou R\$ 16.133.908,92, deve ser objeto de glosa, por ano, o montante de R\$ 13.940.638,64.

(...)"

A Turma *a quo* decidiu dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos relativos à glosa das despesas financeiras e às multas isoladas por falta de recolhimento das estimativas. (**e-fls. 1742 e seg.**). O acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

ELEMENTOS FORMADORES DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.
COMPROVAÇÃO.

Nada impede que o Fisco perscrute, a qualquer tempo, os elementos formadores de um crédito tributário ainda não alcançado pela decadência. O limite temporal está fixado no prazo para o Fisco homologar o correspondente pagamento. Desde que dentro deste último prazo, o Fisco pode exigir a comprovação daqueles elementos.

JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.

Os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o "crédito tributário. Este decorre da obrigação principal que, por sua vez, inclui também a penalidade pecuniária.

PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. Oponibilidade ao FISCO.

Os planejamentos tributários são inoponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. DECADENCIA.

O prazo decadencial para o lançamento de ofício dos tributos sujeitos à sistemática dos chamados “lançamentos por homologação”, nos termos do artigo 150, § 4o, do CTN, é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador desses tributos. Na hipótese de amortização de ágios, uma nova contagem inicia na data de encerramento de cada período de apuração em que houve a referida amortização e não na data da formação dos ágios.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É impossível promover uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio por se tratar de um benefício fiscal caracterizado como isenção.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. SUBSTITUIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.

A operação de substituição de participação societária, gerando ágio numa empresa veículo, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado ágio, em aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.

A operação de subscrição de ações, gerando ágio numa empresa veículo, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado ágio, em aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIOS. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS. INEXISTENCIA DE IDENTIDADE COM AQUISIÇÕES PRETÉRITAS.

A amortização de ágios decorrentes de reorganizações societárias não alcança aqueles surgidos em aquisições pretéritas. A lei prevê que o ágio a ser amortizado é o que surgiu na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação. Inexiste identidade de “aquisições”.

DESPESAS FINANCEIRAS. EMPRÉSTIMOS. NECESSIDADE. RAZÕES ECONOMICAS.

É inquestionável a “necessidade” de uma decisão administrativa da empresa quando existem razões econômicas que podem apontar para a sua conveniência.

IRPJ. CSLL. AMORTIZAÇÕES EM GERAL. INDEDUTIBILIDADE.

Afastadas as amortizações de ágios autorizadas conforme os artigos 7º e 8º da Lei no 9.532/97, há que se aplicar a vedação de caráter geral expressa tanto para a base de cálculo do IRPJ quanto para a da CSLL no inciso III do artigo 13 da Lei no 9.249/95.

IRPJ. CSLL. ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITANCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea 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 a mesma infração, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

CSLL. DESPESAS NECESSÁRIAS, USUAIS E NORMAIS.

Os conceitos de despesas “necessárias”, “usuais” e “normais” contidos no artigo 47 da Lei no 4.506/64 são aplicáveis também à CSLL porque o comando que consolidou a questão da dedutibilidade em matéria de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o artigo 13 da Lei no 9.249/95, foi categórico ao ressaltar aquele dispositivo legal.

A PFN opôs embargos de declaração (**e-fls. 2815 seg.**), os quais foram rejeitados por despacho (**e-fls. 2825 seg.**). Não foi interposto recurso especial pela PFN.

O contribuinte, por sua vez, interpôs recurso especial (**e-fls. 2925 seg.**). O referido recurso foi admitido apenas parcialmente por despacho, nos seguintes termos (**e-fls. 3365 e seg.**):

“Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º (Anexo II) do RI/CARF, aprovado pela Portaria MF no 343, de 2015, **ADMITO, EM PARTE**, o Recurso Especial interposto, quanto às matérias (3) “improcedência da decisão recorrida por ter mantido a glosa de ágio exclusivamente em razão da utilização de ‘empresa veículo’”, na parte relativa à subscrição de ações – aportes de capital na Cremerpar; (4) “improcedência da decisão recorrida em relação ao ‘Ágio 1’, ainda que se considere tal ágio como ‘interno’”; e (7) “improcedência da decisão recorrida quanto à manutenção da aplicação de juros sobre a multa de ofício”, **NÃO CONHECENDO** o Recurso Especial interposto, em relação às matérias (1) “nulidade da decisão recorrida por aperfeiçoar o lançamento, ao trazer fundamentação diversa daquela constante no Auto de Infração” e (2) “nulidade da decisão recorrida por falta de apreciação dos argumentos e das provas trazidos aos autos”, e **NÃO ADMITINDO** o Recurso Especial interposto, quanto às matérias (5) “improcedência da decisão recorrida em

razão de não ter acolhido a preliminar de decadência” e (6) “improcedência da decisão recorrida quanto à repercussão da glosa de amortização do ágio na base de cálculo da CSLL”.

O aludido despacho foi confirmado em sede de reexame de admissibilidade (e-fls. 3375 seg.)

A PFN apresentou contrarrazões (e-fls. 3403 e seg.), nas quais não se opõe ao conhecimento do recurso especial, mas requer lhe seja negado provimento.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator

Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou o cumprimento dos requisitos para a interposição do recurso especial de divergência interposto, razão pela qual não merecem reparos, adotando-se neste voto os seus fundamentos.

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

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobrepreço* que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro. O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa comercial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

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

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:
(...)

¹ Após a Lei 12.943/2014, que se aplica a período posterior ao dos presentes autos, o ágio por expectativa de rentabilidade futura se tornou residual ao valor justo dos ativos da investida.

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

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

Avaliação do Investimento no Balanço

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

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

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

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

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

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.²

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*³.

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

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria***. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

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

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

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

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas:

² Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in *Direito tributário atual* - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461.

³ Pode-se supor, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica investidora adquira os investimentos em uma outra pessoa jurídica, adquirindo as suas ações diretamente das mãos de seus antigos detentores. Caso seja pago ágio nessa operação, tais valores sequer viriam a ser escriturados pela empresa investida.

um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁴ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

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

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁵ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

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

2.1. A legislação do período pré-1997.

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

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

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

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

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

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

⁴ Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 355.

⁵ Nesse sentido, vide: DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 328.

monetariamente.

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

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

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

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

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014, aplicável ao caso dos autos.

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

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

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

Art. 7º. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração⁶;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I **integrará** o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta **deverá registrar**:

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese da alínea “b” do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

Art. 8º. O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

⁶ Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

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

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

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam *mera norma de dedutibilidade para apuração do IRPJ e da CSL*, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁸.

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

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*⁹:

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

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

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

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

⁷ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 714.

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

⁹ Note-se apenas que, no projeto de lei, o dispositivo era numerado como “8º”, mas na redação aprovada foi veiculado pelo art. “7º”.

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

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

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

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

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a *demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura* (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)¹⁰ e a *validade do “ágio interno”* (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹¹.

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

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

¹⁰ Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, o art. 20 do Decreto-lei 1.598/76 passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

¹¹ Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: “Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”.

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

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

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

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

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

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

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

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

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

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;

- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

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

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

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

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

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.¹²

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

Código Civil

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

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

- I - confissão;
- II - documento;
- III - testemunha;
- IV - presunção;
- V - perícia.

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

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito

¹² Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in *Direito tributário atual* - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 465.

particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

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

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meio jurídico probatório que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.¹³

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

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

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

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

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹⁴, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

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

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

¹³ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 465.

¹⁴ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre. São Paulo : Dialética, 2012, p. 211-212.

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

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

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

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁵ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais (IRPJ e CSL) na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁶

4.1.4. A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração do IRPJ e da CSL¹⁷. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

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

¹⁵ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in *Direito tributário atual - Vol. 23*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

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

¹⁷ Há exceções ao princípio da competência, cabendo ao legislador ordinário optar entre este e o regime de caixa. Mas, aqui, aplica-se a regra geral do regime de competência.

patrimoniais segundo o **regime de competência**. (grifos acrescidos)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁸ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

- a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e
- b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

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

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

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

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

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

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

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

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁹, o que condiz com a observância do princípio da competência e

¹⁸ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 1038 e seg.

¹⁹ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo : MP Editora, 2014, p. 150-1.

do emparelhamento de receitas e despesas: *a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.*

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

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

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

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

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

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

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”²⁰, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²¹.

²⁰ Em meio às muitas divergências que o tema suscita na doutrina nacional, alguns autores incluem no conceito de *planejamento tributário* a utilização de *opções fiscais* e de *normas tributárias indutoras*, já que o contribuinte, ao praticar os referidos atos, certamente teria realizado prévio estudo, *planejando-os*. Nesse sentido, vide: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 02. Outros, por sua vez, as excluem “do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivo coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolha” Nesse sentido, vide: GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 100. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso de livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 240.

²¹ No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

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

Explorando o exemplo da DIRPF²², com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma **fórmula procedimental básica** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

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

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

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

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

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

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião **(i)** do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com **(ii)** o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a*

²² DIRPF - Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física.

segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”²³.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO²⁴, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁵.

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

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

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

²³ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

²⁴ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

²⁵ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 718.

amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

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

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁶, emitidas em âmbito acadêmico:

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

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

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

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁸, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo

²⁶ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

²⁷ Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

²⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

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

Em termos muito gerais, o chamado “ágio interno” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o ágio foi constituído “*internamente*”, sem a participação de nenhum participante *externo*.

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

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁹, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

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

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA³⁰, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*’”.

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

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

A notória contribuição de MARCOS SHIGUEO TAKATA à evolução da jurisprudência do CARF ficou registrada em votos de sua lavra e em trabalhos por ele publicados. Em um destes, TAKATA³¹ expõe:

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

(...) O pagamento de preço com existência de minoritários, em regra. Conclusão que parece simples, mas que demandou caminhar o

²⁹ DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 331.

³⁰ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro, São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

³¹ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro, São Paulo : Dialética, 2012, p. 198-211.

percurso de base em seus devidos termos, expurgando as ‘bordas’ ou arestas conceituais dessa base.”

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. O fato dela não ter rebatido ponto a ponto as razões da defesa não implica vício. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO DOS VALORES. Despesas operacionais são aquelas necessárias a atividade operacional da empresa e, no caso de prestação de serviços, devem ser comprovadas mediante documentos que permitam identificar os prestadores, sem o que procede a glosa fiscal. CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeiçoar a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 02/01/2009 JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe o lançamento que tenha sido formalizado em legislação que toma por empréstimo a sistemática de apuração daquele.

(CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da

eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados.

(LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

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

Como se viu, “há ágios internos e ‘ágios internos’”³², sendo necessário reconhecer que alguns deles foram apurados legitimamente, de forma a não apresentar maiores distinções no que concerne a possibilidade de seu aproveitamento fiscal.³³

A análise dos precedentes do CARF demonstra que há casos de *ágio interno* reputado de *válido*, como se observa das ementas a seguir:

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

ÁGIO INTERNO. A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio,

³² TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

³³ Vide, nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 359-0.

cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

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

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

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

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

(GERDAU ACOMINAS S/A. Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 **DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS.** Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. **PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.** Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercer, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem

fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.** O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

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

Por fim, é curioso notar que ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS³⁴ suscitam que a máxima contábil, de que “só se ativa o ágio por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade”, demanda a questão do que seja “entidade”. Enquanto países como EUA adotam como tradição a elaboração de balanços consolidados, como se viu acima, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O argumento contábil, então, pode restringir substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. É a partir de tal constatação que LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA³⁵ suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de ágio interno artificial, desde que, evidentemente, resta caracterizada a simulação da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

De todo modo, é necessário concluir que nem todas as operações em que não existam terceiros envolvidos são necessariamente inaptas para a apuração de ágio por expectativa de rentabilidade futura. Quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, antes de se assumir o estigma que esse rótulo tem suscitado, é necessário investigar as

³⁴ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, in Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2013.

³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

peculiaridades do caso concreto, a fim de lhe atribuir o correto qualificante “válido” ou “inválido”.

4.2.2. Existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção.

A jurisprudência do CARF também tem considerado como fator relevante, ou mesmo um *safe harbour* em casos de amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, a *existência de sócios minoritários que demandem proteção e que justifiquem reestruturações societárias*. Assim vocacionadas, situações que seriam consideradas suspeitas pela fiscalização, como muitas vezes é o caso da utilização de empresas-veículo, passariam a ser aceitas como legítimas quando encontrassem justificativa na proteção de minoritários. É o que se observa do seguinte precedente deste Tribunal:

“O ‘abuso de direito’ pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”.
(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Nesse sentido, é conhecido o entendimento de MARCOS TAKATA³⁶, de que “é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno”. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁷, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Para fins jurídico-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.
Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não a subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por ex., o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.
Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos acionistas da incorporadora de

³⁶ TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 198-211.

³⁷ CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

ações. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa. Há significado econômico nesse ágio. Há pagamento pela aquisição de ações (entrega de ações da incorporadora de ações): sua contrapartida é aumento do investimento com ágio”.

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

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

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

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

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

“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”
(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence

(“*Suum Cuique Tribuere*”) também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

É, então, defeso à administração fiscal sancionar o contribuinte pelo exercício de sua liberdade de auto-organização, apenas possuindo interesse de agir na hipótese das reestruturações societárias implementadas de alguma forma majorarem a amortização das despesas de ágio que seria possível com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

4.2.4. A apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins de IRPJ e CSL. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁸, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

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

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

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

³⁸ CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

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

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

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

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

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³⁹ apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

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

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

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

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento⁴⁰.

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

³⁹ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

⁴⁰ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.
- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.⁴¹

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

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

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

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.⁴² classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

⁴¹ A referida transferência do investimento com ágio pode se dar por diversas maneiras e por variados motivos. Assim, é comum que, por razões de mercado, regulatórias ou societárias, a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio. Exemplificando, se uma empresa (“A”) adquire investimento relevante de outra empresa (“B”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora for incorporada por uma terceira empresa (“C”). Essa operação será periférica neutra, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. A referida empresa incorporadora (“C”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“B”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio. Apenas se a aludida incorporadora (“C”) vier, por exemplo, a incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“B”), é que se daria se a absorção patrimonial exigida e seria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão. Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da compensação de prejuízos fiscais ou da *trava* de 30%, *in* Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, ano 10, n. 60. Belo Horizonte, 2012.

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

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

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

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI⁴³: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

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

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

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

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

⁴³ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, *in* Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo : MP Editora, 2014, p. 157-8.

despesas com ágio, com a conseqüente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais⁴⁴ geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal⁴⁵. Como observa EROS ROBERTO GRAU⁴⁶, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁷, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está

⁴⁴ EROS ROBERTO GRAU apresenta longo repertório de princípios econômicos prestigiados pela Constituição Federal: “Cumpra neles identificar, pois, os princípios que conformam a interpretação de que se cuida. Assim, enunciando-os, teremos: — a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e — valorização do trabalho humano e livre iniciativa — como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); — o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); — a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) — a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); — a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); — a garantia do direito de greve (art. 9º); — a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); — a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

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

⁴⁵ BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

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

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

⁴⁷ APUD GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴⁸ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴⁹.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.⁵⁰ TULLIO ROSEMBUJ⁵¹ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela⁵².

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁵³, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁵⁴ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como

⁴⁸ Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

⁴⁹ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

⁵⁰ Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.

⁵¹ ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons. 1999, p. 57.

⁵² Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

⁵⁴ FERRI, Luigi. La autonomia privada. Madri : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁵⁵, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.**

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

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁵⁶. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

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

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

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

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

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

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

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

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

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

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. **A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo,** a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

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

4.3.3. Propósitos comerciais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁷, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos, simulados ou fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.⁵⁸ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵⁹ sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato

⁵⁷ BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

⁵⁸ BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.

⁵⁹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

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

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

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

1.7. Aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

É relevante repisar o contexto fático das reestruturações societárias realizadas no bojo do contribuinte, tal como descrito no acórdão recorrido (**e-fls. 1749 e seg.**), *in verbis*:

“AQUISIÇÃO DO BLOCO DE CONTROLE

Esta parte da operação envolveu o montante de R\$ 9.307.341,21, conforme lançamentos abaixo reproduzidos, extraídos da conta 13101090 – Ágio CREMER da contabilidade da CREMERPAR:

(...)

Analisando esta parcela do ágio de forma isolada, vemos que os fatos se sucederam da seguinte forma:

- De acordo com a Ata da Assembléia Geral de Constituição (DOC. 3 - ATOS CONSTITUTIVOS CREMERPAR - ANEXO I), a CREMERPAR foi criada em 03/10/2003 (capital social de R\$ 100,00), tendo como sócios as pessoas de JOSÉ ROBERTO ROHNELT FAGUNDES (sócio da JR FAGUNDES & ASSOCIADOS - APPLIED) e Artur Fouquet Junior (que viria a ser sócio da empresa FI PARTICIPAÇÕES - FIPAR);
- Em dezembro de 2003, o grupo que detinha o controle da CREMER era representado pelas empresas FI PARTICIPAÇÕES (FIPAR), SZS PARTICIPAÇÕES (SZSPAR) e JR FAGUNDES & ASSOCIADOS (APPLIED)

[...]

- Em 02 e 10 de março de 2004, a FIPAR, SZSPAR e a APPLIED transferiram, conjuntamente, para a CREMERPAR, via aumento de capital, suas ações da CREMER, [...] Com isso, a CREMERPAR passou a controlar a CREMER [...].

- Nesta “aquisição” das ações da CREMER por parte da CREMERPAR, houve geração de ágio na CREMERPAR, no montante de R\$ 9.307.341,21, conforme já detalhado. Este ágio teve por razão o fato do Patrimônio Líquido da CREMER estar negativo, ensejando que qualquer valor “pago” na aquisição de papéis desta empresa consistiria inteiramente em ágio (o valor patrimonial da ação adquirida era nulo);

{Comentário deste Relator no CARF - para melhor compreensão, convém também reproduzir o seguinte trecho contido no Termo de Verificação Fiscal que não havia sido incluído no relato da decisão recorrida:

- Constatou-se que o “pagamento” aos controladores, para a aquisição destas ações da CREMER, deu-se com papéis de emissão da CREMERPAR, que a esta altura já era controlada pela FIPAR e SZSPAR. Assim, por exemplo, a FIPAR, detentora de papéis da CREMER, deu estes papéis para a subscrição das novas ações emitidas pela CREMERPAR. Da mesma forma se sucedeu com a SZSPAR e APPLIED; }

[...]

- Em 31/12/2004, houve a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, passando esta a deter o direito de amortizar o ágio advindo da incorporada, nos termos do art. 386 do RIR/99.

[...]

De se ressaltar que esta análise se faz sem a interferência das outras partes da operação, que envolveram outras personagens (MLGP e CREMER HOLDINGS), que não participaram efetivamente desta fase da operação.

[...]

- Ou seja, a estrutura retornou à sociedade original. De se esclarecer que a esta altura, em 31/12/2004, a FIPAR, a SZSPAR e a APPLIED não detinham mais o controle direto da CREMER, mas sim faziam parte do quadro societário da CREMER HOLDINGS, controlada pela MLGP [...] Porém, como dito, avaliando a operação de forma isolada, esta parcela do ágio de R\$ 9.307.341,21 resultou da sucessão dos fatos acima descritos, sendo a CREMER HOLDINGS e a MLGP apenas figurantes para efeitos da geração desta parte do ágio. Em resumo, esta parte do ágio só teve a participação da CREMER, da CREMERPAR, da FIPAR, da SZSPAR e da APPLIED.

- Ademais, verifica-se que nesta parte da operação, não houve nenhum tipo de desembolso de recursos para a formação do ágio. Houve apenas troca de papéis intragrupo, sendo que o ágio pago seria justificado pelo Laudo da Avaliação da BRASILPAR dando conta do valor de mercado da CREMER.

[...]

Da cronologia acima exposta, verifica-se que estamos diante de um ágio sem substância econômica, intragrupo, formado em uma negociação carente da independência entre os agentes.

(...)

AQUISIÇÃO DOS MINORITÁRIOS

Esta parte da operação perfaz um valor de R\$ 10.966.351,39, conforme lançamentos abaixo reproduzidos: [...]

Estes valores representaram desembolsos efetivos realizados pela CREMERPAR para a aquisição de ações da CREMER detidas pelos Minoritários. Envolve, assim, aquisição de terceiros independentes. Como explicitado nos relatórios da empresa, houve uma Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) que regulou a forma em que os papéis detidos por acionistas minoritários seriam adquiridos pela CREMERPAR.

AQUISIÇÃO VIA AUMENTO DE CAPITAL

Esta última parte da operação evoluiu o montante de R\$ 60.395.852,04, detalhado nos lançamentos abaixo:

(...)

Como já visto, esta parcela do ágio se justificou, no entendimento da CREMERPAR, pelo fato destes aportes de recursos na CREMER terem sido efetivados com seu Patrimônio Líquido ainda negativo. Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram o tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo [...]

Sobre esta parcela do ágio, cumpre abordarmos duas questões relevantes, quais sejam, a possibilidade de geração de ágio nos

processos de subscrição de ações e o tratamento a ser dado aos aportes de recursos em uma investida com PL negativo.

a) Do ágio gerado em subscrições de ações:

Em relação a esta primeira questão, devemos verificar se meras subscrições para aumento de capital em uma empresa deficitária (PL negativo) dão ensejo a considerar os aportes como ágio. Devemos ressaltar que por ocasião do primeiro aumento de capital, em 31/05/2004, a CREMER, já pertencia, formal e materialmente, à CREMERPAR, esta controlada pela CREMER HOLDINGS, que, por sua vez, estava sob o controle da MLGP. Assim, nestes aportes de capital, a CREMERPAR nada adquiriu, apenas injetou recursos na controlada de forma a sanear suas dívidas.

Para a formação de ágio há que se ter uma aquisição perante terceiros, que no caso em tela, foi concretizada em momento anterior, na aquisição dos papéis dos minoritários, e não nos aportes de capital efetivados posteriormente.

O MANUAL DE CONTABILIDADE da FIPECAFI aborda a questão da seguinte forma:

“Nos itens anteriores vimos que:

[...]

b) por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando acionistas atuais (empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscrisse aumento de capital no lugar de outro.”

Ora, o exposto pelo citado Manual coaduna com a situação sob análise, senão vejamos. As subscrições havidas pela CREMERPAR não alteraram seu percentual de participação na CREMER, uma vez que já era de praticamente 100%. Além disso, a CREMERPAR não era uma nova acionista, não se amoldando, assim, na exceção prevista pelos autores da FIPECAFI.

Esta parcela de ágio pretendido pela empresa não passou de meros aumentos de capital em uma investida que apresentava PL negativo.
[...]

Em nosso caso, como já dito, não houve nenhum tipo de alteração no percentual de participação com estas subscrições havidas, não ensejando a geração de ágio algum.

[...]

De se atentar ainda que a situação aqui debatida é bem diferente de uma aquisição, com efetivos pagamentos (desembolsos), de uma

empresa com PL negativo. Num caso em que envolva efetivo desembolso e partes independentes, o ágio eventualmente pago seria legítimo, limitado, é claro, ao valor efetivamente desembolsado. Porém, quando uma empresa já detém o controle de outra, e passa a fazer aportes de recursos, ainda que aportes efetivos, isto não dá ensejo à formação de ágio. Como dito, no momento em que a CREMERPAR passou a injetar recursos na CREMER, via aumento de capital, ela já era “dona” da CREMER, não estando, pois, a adquirir nada!

[...]

Mas então qual seria o tratamento a ser dado aos aportes de capitais realizados em uma investida com PL negativo? Passemos então a abordar [...]

b) Do aumento de capital em investida com PL negativo:

Acerca do tema, os autores da FIPECAFI entendem que a natureza da subscrição de capital efetuada em empresa investida, com patrimônio líquido negativo, tem natureza de perda, prejuízo, e não ágio como pretendido e escriturado pela CREMERPAR.

[...]

Verifica-se assim que o tratamento dado pela CREMERPAR nas integralizações realizadas na CREMER está equivocado. Deveria ter reconhecido estes valores injetados na investida como perda, afetando diretamente seu resultado em 2004.

Desta forma, verifica-se indevida a consideração como ágio o valor de R\$ 60.395.852,04, devendo ser objeto de glosa.

3.1.4. DO VALOR DO PL NEGATIVO

Nota: Neste tópico, a Fiscalização tece considerações acerca do valor do PL Negativo, procurando mostrar que tal valor teria sido majorado, que em verdade seria negativo, mas por um valor bem menor, conforme Tabela 7 - Ajustes ao Patrimônio Líquido (fl. 447) - que se reproduz abaixo, entretanto, a autoridade autuante glosou integralmente o valor equivalente ao PL Negativo, o que nos leva a crer que tal digressão não teve influência na matéria tributável apurada, conforme depreende-se do relato a seguir:

(...)

Desta forma, a parcela do pretense ágio almejado com as integralizações realizadas estaria limitada pelo valor do Patrimônio Líquido Ajustado acima. Vale, porém, repisar que esta parcela do ágio, no valor de R\$ 60.395.852,04, foi glosada integralmente, conforme razões expostas no item 3.3 deste termo {Comentário deste Relator do CARF: as razões estão expostas no item 3.1.3}, tendo o presente tópico apenas demonstrado que o valor do PL da empresa estava incorreto, o que acarretou uma valoração indevida do ágio por parte da FISCALIZADA.

3.1.5. DOS LAUDOS DE AVALIAÇÃO

Considerando ser requisito legal para possibilitar a amortização de ágio por rentabilidade futura, convém analisarmos os laudos de avaliação da TERCO AUDITORES INDEPENDENTES e da BRASILPAR.

[...]

Assim, de se concluir que houve um processo de avaliação (Laudo da BRASILPAR) para balizar a aquisição das ações do bloco de controle e dos minoritários, enquanto outro laudo (TERCO) serviu de parâmetro para justificar o ágio no processo de aquisição das ações da CREMER pela CREMERPAR, via aumentos de capital.

Ocorre que este laudo da TERCO não pode balizar um processo de geração de ágio, pois como dito, as subscrições para aumento de capital havidas na CREMER pela CREMERPAR não dão ensejo à geração de ágio algum. Deveriam ter sido contabilizadas como perda, e não como ágio.”

1.7.1. A primeira operação e o ágio resultante: ágio entre partes relacionadas.

Quanto à primeira etapa do processo de reestruturação societária narrado nos autos, o acórdão recorrido restou assim fundamentado para considerar indedutível o correspondente ágio apurado pelo contribuinte, *in verbis*:

“Quanto ao ágio referente à aquisição do bloco de controle, importa identificar como se deu a formação do ágio que foi amortizado.

Relata a fiscalização que os acionistas controladores do grupo empresarial, num primeiro momento, transferiram suas participações societárias na CREMER S/A (que incluía também a Plásticos Cremer S/A) para três empresas (FI Par, SZS Par e Applied) que passaram a constituir o chamado bloco de controle. Num segundo momento, foi o bloco de controle quem transferiu as mesmas participações societárias para a empresa CREMERPAR e, em substituição, recebeu participações nesta última. Ocorreu uma mudança na titularidade da participação na CREMER S/A: saiu do bloco de controle e foi para a CREMERPAR. Ato contínuo, foi gerado o ágio de R\$ 9.307.341,21 na CREMERPAR pela aquisição da participação na CREMER S/A.

Nesse ponto, é de se recordar a questão fundamental que orienta a oponibilidade dos planejamentos tributários ao Fisco: o propósito do negócio jurídico é preponderantemente marcado pela economia tributária? Para que fique claro, o negócio jurídico em análise é a operação de substituição da participação societária no grupo de controle. Então, reformulando a questão, pergunta-se: essa operação teve o propósito preponderante de gerar o ágio para futuro aproveitamento?

O que se constata das provas trazidas aos autos é que a CREMERPAR, antes mesmo de nascer, já tinha um destino final traçado: ser incorporada pela CREMER S/A para que essa pudesse aproveitar os supostos benefícios fiscais da futura reestruturação. Neste sentido, vale a pena novamente reproduzir o trecho do “Fato Relevante” transcrito pela fiscalização:

“Após a realização da OPA, pretende-se que o processo do ajuste da estrutura de capital da Companhia seja concluído mediante a capitalização dos recursos aportados pela Newco, bem como a incorporação da Newco pela Companhia, a fim de que a Companhia possa aproveitar o benefício fiscal a ser gerado na transação. [...]”

Não se discute aqui, como fez a fiscalização, a existência de uma justificativa para a criação da CREMERPAR (a referida “Newco”). Afinal, a recorrente deixou bem claro seu importante papel na viabilização da OPA. O que se questiona é a sua utilização como

veículo para a geração de um ágio mediante a mera substituição de ações no bloco de controle.

Nem há que se invocar que havia a exigência, para a consecução do negócio por parte da MLGP, de que as empresas que anteriormente detinham o bloco de controle compartilhassem com ela sua participação no grupo CREMER em uma só empresa. Se isso é verdade, ao final, tal empresa acabou se revelando a Cremer Holdings LLC, residente nos Estados Unidos. Não há razão preponderante para que a substituição da participação societária do bloco de controle na CREMER S/A envolvesse a CREMERPAR se poderia ser feita diretamente com a Cremer Holdings LLC, a não ser a geração do ágio em empresa residente no País, o qual se pensava, evitando a necessidade de uma incorporação internacional, que poderia ser posteriormente aproveitado.

A recorrente alega que não se trata de ágio interno, que não houve artificialidade na reestruturação societária e que houve efetiva aquisição do controle por parte da MLGP. Não importa! A operação de substituição da participação societária, gerando o ágio na CREMERPAR, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento (o que poderia ter acontecido quando a MLGP adquiriu sua participação societária na CREMERPAR, via Cremer Holdings LLC, gerando ágio nesta última, contudo, se isso aconteceu, nem consta dos autos).

Alguém replicaria que só se está focando numa parte do planejamento. Esse, aliás, mais um argumento trazido pela recorrente. E que Marco Aurélio Greco, em sua obra de referência sobre o tema, manda olhar o “filme” como um todo²⁵.

Nada obstante, poucas linhas atrás dissemos que em matéria de isenção, como é o caso da amortização do ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, caput, e do artigo 8º, alínea “b”, da Lei no 9.532/97:

Art. 7 A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (grifei)

(...)

Art. 8 O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (grifei)

Se a lei falou que o ágio a ser amortizado é aquele surgido na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação, não se poderá querer estender a interpretação do comando legal para o ágio surgido numa aquisição pretérita à expressamente mencionada sob pretexto de que se trata do mesmo ágio. Tanto são diferentes que teriam sido gerados em “aquisições” diferentes. Na pretérita, a aquisição das ações da CREMERPAR em troca de pagamento, na posterior, a aquisição das

ações da CREMER S/A em troca da emissão de ações pela CREMERPAR.

E isso é importante. Não se trata de transferência do ágio. Cada “aquisição” gera um novo ágio. A transferência ocorre quando, numa operação de reorganização societária, o investimento adquirido com ágio é vertido para outra empresa. O investimento e o ágio são absorvidos pelo patrimônio desta outra empresa e o fundamento econômico do ágio se mantém intacto no patrimônio da investida que não participou da reorganização. Outrossim, ocorre transferência, mas não do ágio, e, sim, do item do ativo diferido passível de amortização, quando a reorganização societária resulta na versão deste item do ativo para o patrimônio de outra empresa. Assim, não foi transferência o que ocorreu, mas, a geração de um novo ágio.

Portanto, sou pela manutenção da autuação na parte que glosou a amortização do ágio referente à aquisição do bloco de controle.”

Tendo em vista que houve divergência quanto aos fundamentos da decisão recorrida e as regras regimentais então vigentes, foi apresentada declaração de voto para retratar o entendimento dos demais Conselheiros, *in verbis*:

“Na sessão de julgamento deste processo, acompanhei o relator pelas conclusões quanto à glosa das despesas com amortização do ágio relativo (i) à aquisição do bloco de controle e (ii) aos aportes de capital na Cremerpar.

Quanto ao item “i”, meu entendimento foi acompanhado por mais três conselheiros, e por isso fui designado a redigir declaração de voto para expor o entendimento do colegiado.

Quanto ao item “ii”, por ocasião da conclusão do julgamento, apesar de minha opinião não ter sido acompanhada pelos demais conselheiros, manifestei a intenção de também expor, em declaração de voto, minha visão sobre o tema.

Contudo, após melhor refletir, resolvi não me alongar sobre os fundamentos que me levaram a manter a glosa do ágio formado pela subscrição do capital social, por serem irrelevantes para a continuação da lide, e simplesmente acompanhar os argumentos da acusação fiscal.

Desse modo, restringirei minha manifestação aos motivos que levaram a maioria dos julgadores a não admitirem a amortização do ágio relativo à aquisição do bloco de controle.

O cerne da divergência de entendimento com o relator reside na compreensão de que o aproveitamento do ágio somente poderia se dar em incorporações diretas da investida pela investidora, ou vice-versa, sendo que o uso de empresa veículo para aproveitamento do ágio em outra parte da organização societária, por si só, denotaria o propósito eminentemente tributário e inviabilizaria o benefício fiscal.

Segundo o relator, pouco importa se houve ágio efetivamente pago em etapa anterior, pois a operação de substituição da participação societária seria suficiente para macular o planejamento.

Contudo, penso que, caso exista um propósito comercial válido, é plenamente aceitável que o grupo econômico “transfira” o ágio para uma de suas controladas por meio de operação de conferência de capital com ações da investida.

Como assentado no Acórdão no 1102-001.018, de 12 de fevereiro de 2014, de minha relatoria, regra geral, o que importa para se garantir o direito à dedução fiscal do ágio em outra empresa do grupo é o atendimento dos seguintes requisitos (i) tratar-se de ágio pago, decorrente de transação entre parte independentes; (ii) o direito à amortização poder se dar por incorporação direta em outra parte da estrutura societária; (iii) existir propósito negocial.

No caso concreto, o ágio de R\$ 9.307.341,21 surgiu da transferência do bloco de controle dos antigos acionistas da Cremer S. A. (antes passando por três pessoas jurídicas) para a Cremer Participações S.A., nos dias 2 e 10 de março de 2004.

Contudo, somente em 26 de abril de 2004 ocorreu o aporte de capital pela Merrill Lynch Global Partners – MLGP de R\$ 102.000.000,00.

Ora, a discrepância de datas mostra ser impossível que o ágio surgido em março de 2004 possa se embasar no valor pago apenas no mês seguinte.

Ademais, a simples conferência de capital com ações da investida pelo valor contábil não gera ágio o que nos leva à verdadeira natureza do sobrepreço em discussão, que decorre da integralização das ações da Cremer pelo valor do mercado, com o diferimento do ganho de capital nos termos do malfadado art. 36 da Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que ainda vigia por ocasião do planejamento tributário (fato não constante dos autos mas confirmado pelo patrono na tribuna, por ocasião do julgamento).

Tal situação já foi analisada por esta Turma Julgadora, que considerou o ágio dela decorrente como artificial e sem fundamento econômico, cuja dedutibilidade é inoponível ao Fisco. Transcrevo a ementa do Acórdão no 1102-000.933, de 8 de outubro de 2013, de relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, na parte de interesse à discussão:

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

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização, sem que seja necessário demandar a nulidade das operações societárias praticadas.

Mais recentemente, a Turma confirmou seu entendimento no Acórdão: 1102- 001.016, julgado na sessão de 12 de fevereiro de 2014, também de relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé (decisão ainda não formalizada quando da redação desta declaração de voto).

Dessa forma, o ágio em discussão não atende a um dos requisitos que considero primordiais para permitir sua dedutibilidade, pois não se trata de ágio pago, decorrente de transação entre parte independentes.

Foram essas as razões pelas quais a maioria da Turma não admitiu a amortização do ágio relativo à aquisição de bloco de controle.”

Permissa vênia, não concordo com premissas jurídicas adotadas pela decisão recorrida, conforme fundamentos acima expostos.

Compreendo assistir razão ao contribuinte: há, no caso, aquisição de investimento em pessoa jurídica, com sacrifícios econômicos suportados (correspondentes às ações integralizadas), bem como sobrepreço (ágio) incorrido, fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, devidamente demonstrada.

Foi cumprida a exigência do efetivo desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura. Foi cumprido o requisito da demonstração a expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Não se verifica impugnação aos critérios adotados ou mesmo à efetiva expectativa de rentabilidade futura presente no caso. Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, “b”, da Lei 9.532/97, com a absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio. Também foi cumprida a exigência de que a amortização do ágio apurado pela investidora se processasse contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição: a absorção da CREMEPAR pela CREMER possibilitou o emparelhamento de receitas e despesas tecnicamente requerido pelo legislador.

É fundamental repisar que, até a edição da Lei n. 12.973/2014, o legislador passou a vedar a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes. Contudo, tal vedação não existia anteriormente, período em que o legislador apenas combatia operações artificiais, simuladas e, no caso concreto, não restou comprovada a prática de atos viciados.

Também é importante observar que as operações em questão ocorreram sob a égide da Lei n. 10.637/2002. Conforme se constata do acórdão recorrido, houve a adequada apuração de ganho de capital na operação, o que corrobora, com elevada força persuasiva, para a solução do presente caso. O referido ganho de capital foi apurado e diferido, nos termos da Lei n. 10.637/2002. Note-se que é irrelevante, para fins de decisão, se houve o recolhimento de uma guia DARF deste ganho de capital apurado, pois se trata de elemento financeiro que não integra a relação jurídica sob julgamento.

1.7.2. A terceira operação e o ágio resultante: “empresa veículo”.

Quanto à terceira etapa do processo de reestruturação societária narrado nos autos, o acórdão recorrido restou assim fundamentado para considerar indedutível o correspondente ágio apurado pelo contribuinte, *in verbis*:

“Com relação ao ágio referente às integralizações para aumento de capital, cumpre novamente iniciar por perquirir como se deu a sua formação.

Relata a fiscalização que o equivalente a R\$ 60.395.852,04 do total de recursos aportados pela MLGP e direcionados para a CREMER S/A, via CREMERPAR, a título de subscrição de ações, foi contabilizado como ágio porque o patrimônio líquido da empresa investida (a CREMER S/A) encontrava-se negativo exatamente nesse montante. Para as autoridades fiscais, quando uma empresa já detém o controle da outra (como era o caso da CREMERPAR em relação à CREMER S/A), e passa a fazer aporte de recursos, ainda que efetivos, isto não dá ensejo à formação de ágio. Ademais, afirma que a natureza da subscrição de capital efetuada em empresa investida com patrimônio líquido negativo é de perda, prejuízo, e não de ágio. Para corroborar

ambos os entendimentos cita trechos do Manual de Contabilidade da FIPECAFI.

A recorrente, por sua vez, alega que, pelo fato de a mecânica do MEP não admitir registro de investimento negativo, toda a quantia entregue pelo acionista tem natureza de ágio na aquisição de ações.

Perceba-se que esta situação é diferente daquela em que uma empresa gera ágio na subscrição de ações adquiridas por valor superior ao seu nominal. Esta hipótese só seria permitida se a subscrição pelo valor nominal não fosse autorizada devido ao efeito da diluição que causaria nas participações dos acionistas não subscritores. Como à época da subscrição a CREMERPAR já detinha o total controle da CREMER S/A, não haveria possibilidade de que tal efeito fosse verificado e, portanto, o ágio teria sido indevidamente formado. Tal hipótese foi levantada pela fiscalização, mas, como dito, a situação aqui é outra.

Em sede de memoriais, a recorrente apresenta parecer do Professor Eliseu Martins que bem esclarece a questão. O ilustre coautor do Manual da FIPECAFI explica que as autoridades fiscais se equivocaram no entendimento acerca dos trechos do referido Manual que sustentaram sua opinião.

É que a natureza de perda adotada pela fiscalização se aplica quando a empresa investidora já era, ela própria, detentora da participação societária na investida na época da obtenção dos prejuízos. Neste caso, a investidora reconhece o prejuízo da investida até zerar a sua conta da equivalência patrimonial. Depois desse ponto, dependendo da obrigação ou intenção da investidora em se responsabilizar perante terceiros pelo patrimônio líquido negativo da investida, ela poderá ou não continuar reconhecendo o prejuízo da investida. Se não continuar, ela pára de reconhecer a equivalência patrimonial porque ninguém perde mais do que investiu nessas circunstâncias. Mas, se ela continuar reconhecendo o prejuízo da investida, o fará como perda consubstanciada no resultado mediante provisão para futuros desembolsos. Entretanto, como no presente caso os prejuízos da investida foram obtidos numa época em que a participação societária era detida por outras investidoras, a perda poderia ter sido reconhecida por estas e não pela nova investidora. Se não foi assim, se essa nova investidora (a CREMERPAR) apenas efetuou investimentos na própria investida (a CREMER S/A) para lhe recuperar o patrimônio líquido, terá incorrido num ágio por conta de resultados futuros em que acreditou.

Assim, foi correta a contabilização do ágio na CREMERPAR até o limite em que o patrimônio líquido da CREMER S/A passou a ser positivo, quando, a partir de então, o aporte que o excedeu passou a ser contabilizado como investimento.

O que pode ser invocado em favor da autuação é a utilização da CREMERPAR como veículo para a geração do ágio uma vez que ela seria posteriormente incorporada. Volta, então, a questão fundamental: o propósito do negócio jurídico é preponderantemente marcado pela economia tributária? O negócio jurídico em análise, agora, é a operação de subscrição de ações pela CREMERPAR. Novamente, reformulando a questão, pergunta-se: essa operação teve o propósito preponderante de gerar o ágio para futuro aproveitamento?

É o que parece! Mais uma vez, repisamos que a CREMERPAR já tinha seu destino final traçado, qual seja, ser incorporada pela CREMER S/A. Não se discute a justificativa da sua criação, mas sua utilização como veículo para a geração do ágio.

Não há razão preponderante para que a subscrição de ações na CREMER S/A envolvesse a CREMERPAR se poderia ser feita diretamente pela Cremer Holdings LLC, a não

ser a geração do ágio em empresa residente no País, o qual se pensava, evitando a necessidade de uma incorporação internacional, que poderia ser posteriormente aproveitado.

Isso, de maneira nenhuma, pode ser contradito pelas razões negociais alegadas pela recorrente para que tenha havido o aporte de recursos pela MLGP na CREMER HOLDINGS e não diretamente na CREMERPAR, quais sejam, facilitar a execução de garantias exigidas pela MLGP e por instituições financeiras intermediárias, bem como facilitar os trâmites exigidos pelo BACEN. É que tais razões poderiam até se mostrar preponderantes para a canalização dos recursos por intermédio da CREMER HOLDINGS, mas, não, pela CREMERPAR.

Diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Outrossim, não se vislumbra, como ocorreu no caso do ágio cuja amortização foi aceita pela fiscalização, a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária dos acionistas minoritários num leilão de oferta pública de aquisição de ações.

A operação de subscrição de ações, gerando o ágio na CREMERPAR, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento (o que poderia ter acontecido quando a MLGP subscreveu ações na CREMERPAR, via Cremer Holdings LLC, gerando ágio nesta última, contudo, se isso aconteceu, também não consta dos autos).

Novamente, não se trata de ver apenas uma parte do “filme”. Se a lei falou que o ágio a ser amortizado é aquele surgido na aquisição da participação societária detida por uma das pessoas envolvidas na incorporação, não se poderá querer estender a interpretação do comando legal para o ágio surgido numa aquisição pretérita à expressamente mencionada sob pretexto de que se trata do mesmo ágio. Tanto são diferentes que foram gerados em “aquisições” diferentes. Na pretérita, a aquisição das ações da CREMERPAR em troca de pagamento, na posterior, a aquisição das ações da CREMER S/A em troca de pagamento.

Portanto, mantenho também a autuação na parte que glosou a amortização do ágio referente às integralizações para aumento de capital.”

Como se pode observar, não obstante a controvérsia se operações de aumento de capital, na hipótese em que a pessoa jurídica controlada possuía patrimônio líquido negativo, configurariam a “participação societária adquirida com ágio” referida pela Lei n. 9.532/97, a Turma *a quo* compreendeu que haveria uma questão precedente, atinente à presença de uma “empresa veículo” na operação. Por essa razão, essa é a matéria devolvida a esta CSRF.

O contribuinte requer a reforma do acórdão recorrido, para que o acórdão *a quo* seja reformado, reconhecendo-se a legitimidade do ágio em questão. Sustenta que a CREMEPAR possuiria propósitos negociais que nada tem a ver com questões tributárias, como a participação em processo de aquisição de ações de acionistas. Ademais, sustenta não haver qualquer vício que impeça a oponibilidade fiscal das operações praticadas, com a legitimidade da amortização fiscal do ágio mesmo com a utilização da CREMEPAR na reestruturação societária implementada.

Pugnando pela manutenção da decisão recorrida, a PFN sustenta, *in verbis*:

“Diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Outrossim, não se vislumbra, como ocorreu no caso do ágio cuja amortização foi aceita pela fiscalização, a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária dos acionistas minoritários num leilão de oferta pública de aquisição de ações.

A operação de subscrição de ações, gerando o ágio na CREMERPAR, é suficiente para macular o planejamento, mesmo que anteriormente tivesse sido gerado um ágio, numa aquisição pretérita, realizada mediante efetivo pagamento (o que poderia ter acontecido quando a MLGP subscreveu ações na CREMERPAR, via Cremer Holdings LLC, gerando ágio nesta última, contudo, se isso aconteceu, também não consta dos autos).”

Conforme os fundamentos explicitados acima, compreendo assistir razão ao contribuinte também em relação a essa operação: a regular constituição e utilização da CREMEPAR, além de se prestar para a operacionalização de relevantes questões negociais, em nada interfere na apuração e amortização fiscal do ágio.

O legislador prescreveu normas que tornaram a adoção de “empresas veículo” (com propósito específico de atuar na reestruturações societária ou não) é indiferente para a apuração do ágio ou, em muitas situações, necessária. Afinal, não se pode esquecer que a edição da Lei n. 9.532/97 foi impulsionada diante das privatizações pretendidas como plano de governo à época, as quais, inclusive por questões regulatórias, exigiriam a utilização de “empresa veículo”.

Salvo hipótese de dolo para evasão de tributos (o que não restou demonstrado nos autos), é oponível ao fisco a aquisição de investimento relevante por empresa-veículo, com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, na qual todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária tenham sido cumpridas.

2. A incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

Por restar vencido quanto às matérias precedentes, deve ser analisado o terceiro ponto do recurso especial interposto pelo contribuinte e admitido.

No caso, a controvérsia interpretativa não se refere necessariamente à norma dos arts. 113 ou 139 do CTN. No âmbito do CTN, a questão reside mais precisamente na norma que se constrói a partir de seu art. 161.

O art. 161 do CTN, cumprindo o papel previsto no art. 146 da Constituição Federal, estabelece norma geral, aplicável a todos os entes da federação, quanto à incidência de juros de mora, no percentual de 1%, sobre o crédito não integralmente pago no vencimento. Expressamente, contudo, o seu § 1º resguarda a cada um dos entes federados a competência para estabelecer regramento próprio. Cada ente federado, por meio de seu respectivo Poder Legislativo, poderá prescrever regramento próprio, com taxa de juros diferente daquela prevista na norma geral (1%) ou, por exemplo, prever a incidência de juros de mora tanto sobre o débito principal quanto sobre as multas ou, ainda, estabelecer que os juros incidam apenas sobre o valor do débito principal, mas não sobre o das multas.

A União, no caso, é exemplo de unidade federativa que, de longa data, produz regramentos próprios quanto à incidência de juros de mora sobre o crédito não integralmente pago no vencimento. Assim o fazendo, a União encontra resguardo jurídico no art. 161 do CTN, mas afasta a eficácia da norma geral veiculada neste dispositivo.

Portanto, para a solução do caso concreto, a questão não se esgota com a compreensão da norma geral veiculada pelo CTN. É necessário saber qual o tratamento foi atribuído pelo legislador ordinário à matéria, o que obriga que se considere o teor da Lei nº 9.430/1996, que dispõe:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Como se pode observar, valendo-se de sua competência, o legislador ordinário decidiu:

- prever a incidência de juros de mora sobre **multas isoladas** pagas em atraso (Lei n. 9.430/96, art. 43);
- prever a incidência de juros de mora sobre débitos decorrentes de **tributos e contribuições** pagas em atraso (Lei n. 9.430/96, art. 61);
- não prever nada quanto à incidência de juros de mora sobre multas de ofício.

A evolução legislativa demonstra que não se trata de um silêncio insignificante, mas expressão de decisão consciente do legislador. As leis que se sucederam, em especial, o Decreto-lei n. 2.232/87, a Lei n. 7.691/88, a Lei n. 7.738/89, a Lei n. 7.799/89, a Lei n. 8.218/91, a Lei n. 8.383/91, a Lei n. 8.981/95, a Lei n. 9.430/96, a Lei n. 10.522/02, demonstram que a decisão do legislador variou no tempo, por vezes determinando a incidência de juros sobre a multa de ofício, por vezes a excluindo. Há uma diferenciação relevante: o dispositivo não estabelece, por si, a incidência de alguma taxa de juros sobre a multa, mas possibilita que leis específicas a estabeleça.⁶⁰

Essa retrospectiva é relevante para constatar que o legislador competente não agiu ao acaso: trata-se de silêncio eloquente do legislador que, ao tutelar a matéria, deixou conscientemente de prever a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Embora o entendimento ora exposto tenha restado vencido no julgamento do presente caso, este já foi o entendimento adotado por este Tribunal administrativo, inclusive no âmbito da 1ª Turma da CSRF, como se observa dos seguintes exemplos:

RECURSO ESPECIAL – CONHECIMENTO. Não deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional quando inexistente similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa ofício aplicada.

(Processo nº 10680.002472/2007-23. Acórdão n. 9101-000.722. CSRF, 15.12.2010.)

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada.

(Processo nº 16327.004079/2002-75. Acórdão n. 101-96.008. TO, 01.03.2007)

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. (Processo nº 10980.013431/2006-05. Acórdão nº 101-96.607, TO, 06.03.2008)

JUROS DE MORA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TAXA SELIC. — É cabível, no lançamento de ofício, a cobrança de juros de mora sobre o tributo ou contribuição, calculados com base na variação acumulada

⁶⁰ Nesse sentido, vide, por exemplo: FAJERSZTAJN, Bruno. Exigência de juros de mora sobre as multas de ofício no âmbito da Secretaria da Receita Federal, *in* Revista Dialética de Direito Tributário v. 132. São Paulo : Dialética, 2006, p. 27 e seg.

Processo nº 13971.005209/2010-12
Acórdão n.º **9101-003.222**

CSRF-T1
Fl. 3.541

da Taxa Selic. Referidos juros não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, decorrente de fatos geradores ocorridos a partir de 1/01/1997, por absoluta falta de previsão legal.

(Processo nº 16327.004252/2002-35. Acórdão nº 202-16.397, TO, data da publicação 14.06.2005) (grifo nosso)

Nesse seguir, voto no sentido de CONHECER as matérias anteriormente admitidas por despacho, para DAR-LHES PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)
Luís Flávio Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, Redator Designado

Em que pesem as razões de decidir do eminente relator, peço vênia para dele divergir quanto ao mérito.

As matérias postas à apreciação desta Câmara Superior referem-se à:

- a) ágio – operações com partes relacionadas;
- b) ágio – empresa veículo; e
- c) incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

a) ágio - generalidades

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 de maio de 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, de 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, de 1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

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

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

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

[...].

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

[...].

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

[...].

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

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

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

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

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

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

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

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

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

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

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias,

remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura, no recente Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou 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 1997⁶¹, 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 SCHOUERI⁶² ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

[...].

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

⁶¹ Cf. Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁶² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 66 e segs.

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁶³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁶⁴:

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

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

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

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

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

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 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.

⁶³ Relatório da Comissão Mista publicado no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁶⁴ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 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, de 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 subsequentes 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 ATALIBA⁶⁵.

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

⁶⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 51 e segs.

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. SCHOUERI⁶⁶, 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

⁶⁶ Cf. SCHOUERI, 2012, p. 62.

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, de 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) ágio – operações com partes relacionadas

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que o ágio, cujas despesas de amortização a recorrente pretende dedutíveis, teve origem em três momentos distintos, do qual destacamos, aqui, o primeiro deles (“aquisição do bloco de controle”) (e-fls. 1.749 e 1.750 da decisão recorrida):

- Em 02 e 10 de março de 2004, a FIPAR, SZSPAR e a APPLIED transferiram, conjuntamente, para a CREMERPAR, via aumento de capital, suas ações da CREMER, [...] Com isso, a CREMERPAR passou a controlar a CREMER [...].

- Nesta “aquisição” das ações da CREMER por parte da CREMERPAR, houve geração de ágio na CREMERPAR, no montante de R\$ 9.307.341,21, conforme já detalhado. Este ágio teve por razão o fato do Patrimônio Líquido da CREMER estar negativo, ensejando que qualquer valor “pago” na aquisição de papéis desta empresa consistiria inteiramente em ágio (o valor patrimonial da ação adquirida era nulo);

[...].

- Constata-se que o “pagamento” aos controladores, para a aquisição destas ações da CREMER, deu-se com papéis de emissão da CREMERPAR, que a esta altura já era controlada pela FIPAR e SZSPAR. Assim, por exemplo, a FIPAR, detentora de papéis da CREMER, deu estes papéis para a subscrição das novas ações emitidas pela CREMERPAR. Da mesma forma se sucedeu com a SZSPAR e APPLIED;

[...].

- Em 31/12/2004, houve a incorporação da CREMERPAR pela CREMER, passando esta a deter o direito de amortizar o ágio advindo da incorporada, nos termos do art. 386 do RIR/99.

Ou seja, em 2004, a FIPAR, SZSPAR e a APPLIED (o chamado “bloco de controle”) utilizaram ações reavaliadas da contribuinte CREMER para fins de integralização de aumento de capital da empresa CREMERPAR. Os valores pelos quais as ações foram recepcionadas na nova controladora tiveram por razão o fato de o Patrimônio Líquido da CREMER estar negativo, ensejando que qualquer valor “pago” na aquisição de papéis desta empresa consistiria inteiramente em ágio (o valor patrimonial da ação adquirida era nulo) (R\$ 9.307.341,21).

Ainda naquele ano, a CREMER incorporou a CREMERPAR, trazendo o referido ágio para sua contabilidade e passando a deduzir de seu lucro líquido as despesas

decorrentes da sua amortização, sob o argumento de que sua situação amoldava-se à previsão legal abrangida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e pelos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Ocorre que o entendimento defendido pela recorrente não tem amparo 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 a 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.

Analisando as operações societárias levadas a efeito em 2004, não resta dúvidas de que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, no processo de aumento de capital da CREMEPAR que originou o ágio de R\$ 9.307.341,21. Este número adveio simplesmente das reavaliações encomendadas pelos controladores da recorrente já que o Patrimônio Líquido da CREMER estava negativo. 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 recorrente não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio 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. O ágio contabilizado decorreu de reavaliações dos valores de mercado da empresa CREMER, cujas ações foram utilizadas na integralização do capital social da CREMEPAR, não tendo sido verificado nenhum dispêndio que viesse a satisfazer os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência da benesse estabelecida no art. 386 do RIR/1999.

Sem a realização de investimento efetivo que justifique o nascimento do ágio, não há que se falar na ocorrência de confusão patrimonial que possibilite a dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/1999.

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 a que se refere 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.

O ágio inicialmente contabilizado pela CREMEPAR e posteriormente incorporado pela recorrente foi criado sem esta troca de riquezas entre adquirente e alienantes. A criação de tal ágio foi um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação.

Isso só foi possível porque todas as empresas envolvidas pertenciam ao mesmo grupo econômico, estando submetidas ao controle dos mesmos acionistas.

No momento da operação de aumento do capital da CREMEPAR, tanto esta empresa quanto a recorrente CREMER eram diretamente controladas pela FIPAR, SZSPAR e APPLIED.

Assim, o negócio celebrado entre estas empresas 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 o mesmo grupo econômico adiciona novos elementos e interesses maiores ao negócio. Não necessariamente os atos celebrados têm como objetivo beneficiar todas as partes envolvidas.

A circulação de riquezas requerida pelo art. 386 do RIR/1999, para fins de caracterização do aspecto pessoal da hipótese de incidência, requer obrigatoriamente a participação de um terceiro, externo ao grupo econômico que negocia a participação societária. Somente desta forma é possível garantir que o valor praticado na alienação é verossímil e pode ser utilizado como base de cálculo de um ágio que será posteriormente convertido em vantagens tributárias para o adquirente da participação societária.

No caso concreto, as controladoras FIPAR, SZSPAR e APPLIED poderiam determinar, em última instância, qualquer valor de alienação para as quotas da CREMER, já que nem a participação societária nem os valores transferidos chegariam a deixar efetivamente seu patrimônio: haveria simples movimentação entre os patrimônios de suas várias controladas, diretas ou indiretas. Não ocorreria, qualquer que fosse o valor estipulado para a celebração da alienação, a efetiva e necessária mudança de titularidade da participação societária negociada: o controle indireto permaneceria com a FIPAR, SZSPAR e APPLIED.

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 não-relacionado, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

O entendimento aqui exposto 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 apenas 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 um dos períodos em que o grupo

econômico a que pertence a recorrente praticou 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 e sem o lastro de efetiva circulação de riquezas. 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 recorrente.

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).

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como as analisadas 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.

Nego provimento ao recurso.

c) ágio – empresa veículo

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que o ágio, cujas despesas de amortização a recorrente pretende dedutíveis, teve origem em três momentos distintos, do qual destacamos, aqui, o terceiro deles (“aquisição via aumento de capital”) (e-fls. 1.752 da decisão recorrida):

Esta última parte da operação evoluiu o montante de R\$ 60.395.852,04, detalhado nos lançamentos abaixo:

[...].

Como já visto, esta parcela do ágio se justificou, no entendimento da CREMERPAR, pelo fato destes aportes de recursos na CREMER terem sido efetivados com seu Patrimônio Líquido ainda negativo. Assim, enquanto o PL da empresa permaneceu negativo, todos os aportes efetuados tiveram o tratamento de ágio pago, até que seu PL ficou positivo [...].

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pela MLGP, por intermédio da CREMEPAR, das ações da CREMER. Destas operações, resultou o registro de ágio no valor de R\$ 60.395.852,04. Ocorre que tal ágio foi registrado na contabilidade da empresa americana.

Fosse a MLGP uma pessoa jurídica sediada no Brasil, submetida à legislação tributária brasileira, ela poderia fazer jus à dedutibilidade das despesas de amortização do ágio de R\$ 60.395.852,04 se viesse a incorporar a CREMER e atendesse também às demais condições exigidas legalmente.

Como não havia essa possibilidade, promoveu-se a “internalização” do ágio em território brasileiro, por meio da integralização de aumento do capital social da CREMER pela CREMEPAR.

Assim, a CREMEPAR passou a possuir, em sua contabilidade, o ágio de R\$ 60.395.852,04 associado às ações da CREMER.

Conforme já foi narrado, a CREMEPAR foi incorporada pela CREMER. Julgando fazer jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio com

base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999), a CREMER passou a reduzir seu lucro líquido.

Ocorre que nem a CREMEPAR nem o recorrido poderiam ter utilizado o ágio registrado originalmente na MLGP para fins de deduzir as despesas decorrentes de sua amortização.

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.

Como não foi a CREMEPAR que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Como o próprio recorrido reconhece, o numerário que foi pago, indiretamente, pela aquisição das ações da CREMER, saiu dos cofres da MLGP.

A CREMEPAR foi incorporada pela CREMER. Esta, julgando que estaria configurada a “confusão patrimonial” entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários. Ocorre que tal “confusão patrimonial”, principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, só existe uma real investidora: a MLGP.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a empresa participante da “confusão patrimonial” tenha arcado 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. No caso dos presentes autos, não se verificou a prática de tal “sacrifício patrimonial” pela CREMEPAR ou pelo recorrido.

Sendo assim, a amortização operada pelo recorrido não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possui participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de “confusão patrimonial” alguma. Além disso, o ágio registrado na CREMEPAR foi realizada entre empresas que integram um mesmo grupo econômico.

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

Nego provimento ao recurso.

d) incidência de juros de mora sobre multa de ofício

A cobrança de juros de mora sobre os créditos não pagos até a data de vencimento é prevista no art. 161 do CTN, nos seguintes termos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

A expressão “crédito”, utilizada no *caput* do artigo reproduzido, obviamente se refere ao crédito tributário, pela própria natureza do diploma legal que habita. Para se definir o alcance de tal expressão, recorre-se a outro dispositivo do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Já a definição de “obrigação principal”, mencionada no art. 139 do CTN, é trazida pelo § 1º do art. 113 do mesmo Código. Tal obrigação tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária. *In verbis*:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

O critério utilizado pelo CTN para enquadrar determinada obrigação tributária como principal é, portanto, seu conteúdo pecuniário. Uma vez que a multa de ofício tem a característica de penalidade pecuniária, fica claro que ela integra a obrigação principal, ao lado dos tributos.

Interpretando em conjunto os dispositivos reproduzidos, conclui-se que incidem juros de mora sobre os créditos tributários não integralmente pagos no vencimento (art. 161) e que tais créditos decorrem da obrigação principal (art. 139), englobando o tributo e a multa de ofício (art. 113, § 1º). Assim, a conclusão construída é a de que o CTN prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional.

Os defensores da tese da ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício argumentam que a interpretação literal do *caput* do art. 161 do CTN impossibilitaria tal incidência em razão da presença da expressão “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”. Se a penalidade referente à multa de ofício já estiver contemplada

na expressão “*crédito não integralmente pago no vencimento*”, a que outras penalidades cabíveis estaria se referindo o legislador? — indagam.

Ocorre que, frequentemente, a interpretação de uma norma tributária demanda a consideração da realidade jurídica e fática a que se aplica. Mais do que isso, a norma deve ser interpretada sistematicamente, levando-se em conta todo o sistema tributário pátrio.

A este respeito, examine-se a interessante argumentação da Ilustre Conselheira Viviane Vidal Wagner, designada para redigir o voto vencedor do **Acórdão CSRF nº 9101-00.539, de 11/03/2010**:

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p. 70), “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito.”

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que, ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.” (A interpretação sistemática do direito, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

Sendo assim, a melhor interpretação a ser dada ao art. 161 do CTN é, sem dúvida, aquela que guarda harmonia com os demais dispositivos daquele Código que tratam do tema sob análise, quais sejam, os arts. 113 e 139.

Além do CTN, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 61, *caput* e § 3º, também dispõe sobre o cabimento de juros de mora sobre multa de ofício:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...].

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Depreende-se do artigo reproduzido que incidem juros de mora sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria

da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos pela legislação específica. A multa de ofício se amolda perfeitamente a tal definição, já que sua cobrança decorre, entre outras hipóteses, da falta de pagamento de imposto ou contribuição, nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Sendo assim, a exemplo do que ocorre com o art. 161 do CTN, também o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, fundamenta a possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Corroborando ainda tal entendimento o art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, que, em seu parágrafo único, prevê expressamente a incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. Assim, vê-se que a legislação não enxerga incompatibilidade entre os juros de mora e uma multa pecuniária de caráter punitivo:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou a respeito da legalidade da cobrança de juros de mora nos moldes praticados no presente processo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: 'É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.' (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1335688/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, dez/2012)

Por fim, tanto o § 3º do art. 61 quanto o parágrafo único do art. 43, ambos da Lei nº 9.430, de 1996, fazem alusão à taxa aplicável a título de juros de mora: taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais.

Quanto a este ponto, a matéria já foi inclusive pacificada por meio da edição da Súmula CARF nº 4:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Nego provimento ao recurso.

Processo nº 13971.005209/2010-12
Acórdão n.º **9101-003.222**

CSRF-T1
Fl. 3.565

Do exposto, voto por **conhecer** do Recurso Especial do sujeito passivo, na parte admitida, e, no mérito, por **negar-lhe provimento**.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado