



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15563.000871/2008-91
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.289 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 11 de julho de 2019
Recorrente SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do

investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Cristiane Silva Costa e Lívia De Carli Germano, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Entretanto, findo o prazo regimental, a conselheira Cristiane Silva Costa 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).

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o conselheiro Luís Fabiano Alves Penteado.

Relatório

Trata-se de recurso especial (e-fls. 1925/1955) interposto por SENDAS DISTRIBUIDORA S/A (“Contribuinte”), em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1401-001.623 (e-fls. 1857/1884), pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 04/05/2016, que negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a infração tributária de saldo credor de caixa e manter a glosa de despesa de amortização de ágio.

Segue ementa da decisão recorrida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexistindo a alegada contradição ou obscuridade nos fundamentos legais do lançamento afastado está o cerceamento de defesa.

OMISSÃO DE RECEITA. SALDO CREDOR DE CAIXA. RECOMPOSIÇÃO.

Mantém-se a exoneração do contribuinte do crédito tributário correspondente à omissão de receita presumida, quando os saldos credores considerados no lançamento não são verdadeiros saldos credores de caixa.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ORIGINADO DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA EM QUE HOVE NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO/ABUSO DE DIREITO. GLOSA. MANUTENÇÃO DOS VALORES EFETIVAMENTE AMORTIZADOS.

Procedente a glosa da amortização do ágio quando a formação da Joint Venture apenas serviu de "fachada" para encobrir a reavaliação de ativos sem tributação de empresas que pretendiam se fundir futuramente. Toda a cadeia de eventos que se deu nas empresas de passagens, em curto espaço de tempo, foi previamente acertada entre os dois grupos, ou seja, o destaque dos ativos e direitos de exploração de cada um dos grupos para fazer parte da Recorrente, reavaliar cada qual seus ativos a preço de mercado e, por fim, aproveitar o ágio de si mesmo. Como se cada um dos grupos fizessem separadamente operações de reavaliação do ativo e não as tributasse, gerando o conhecido ágio interno e no caso também, o ágio de si mesmo, sabidamente não oponíveis ao Fisco.

RESOLUÇÃO DE QUESTÕES. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

Por falta de interesse processual, deixa-se de resolver questões que não têm influência sobre o resultado do julgamento.

PENALIDADES. MULTA QUALIFICADA. PERDA DO OBJETO.

A discussão sobre aplicação de multa qualificada de 150% perde seu objeto se a matéria tributável for totalmente compensada com o prejuízo fiscal.

Resumo Processual

Na autuação fiscal (e-fls. 433/492) foram tipificadas duas infrações tributárias: (1) saldo credor de caixa, com multa proporcional de 75% e (2) glosa de despesa de amortização de ágio, com multa qualificada de 150%. Foram lavrados autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

A Contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 527/605). Após diligência junto à autoridade autuante (e-fls. 1173 e 1178/1467), a primeira instância (DRJ) julgou o lançamento fiscal procedente em parte (e-fls. 1471/1506), para afastar parte da base de cálculo da infração saldo credor de caixa. Em razão do crédito tributário exonerado, foi enviada remessa necessária (recurso de ofício).

Foi interposto recurso voluntário pela Contribuinte (e-fls. 1507/1606). Após Resolução CARF (e-fls. 1811/1834) para diligência, e resposta da autoridade autuante (e-fls. 1839/1843), a turma ordinária do CARF (e-fls. 1857/1884) deu provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a infração saldo credor de caixa e negar provimento ao recurso de ofício.

Cientificada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") manifestou-se no sentido de não interpor recurso especial (e-fl. 1886).

Foram opostos embargos de declaração pela Contribuinte (e-fls. 1890/1898), que foram rejeitados por despacho de exame de admissibilidade de embargos (e-fls. 1910/1915).

Foi interposto recurso especial pela Contribuinte (e-fls. 1925/1955), que foi conhecido parcialmente por despacho de exame de admissibilidade de recurso especial (e-fls. 2472/2486) para as matérias (1) "improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno"; (2) "utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio"; (3) "legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito" e (4) "legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002". Foi apresentado agravo (e-fls. 2494/2500), que foi rejeitado por despacho de agravo (e-fls. 2504/2515).

A PGFN apresentou contrarrazões (e-fls. 2524/2540).

A seguir, maiores detalhes da fase contenciosa.

Da Fase Contenciosa

A contribuinte apresentou impugnação. A 2ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro 1, no Acórdão nº 12-27-905, julgou o lançamento fiscal procedente, para exonerar parcela do crédito tributário relativo à infração saldo credor de caixa, nos termos da ementa a seguir:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexistindo a alegada contradição entre os fundamentos legais do lançamento, e verificando-se a desnecessidade de o interessado contestar "por hipóteses", afastado está o cerceamento de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITA. SALDO CREDOR DE CAIXA. 1) ESCRITURAÇÃO POR PARTIDAS MENSAS; 2) LUCRO REAL ANUAL. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ.

Se forem mantidos registros diários em livros auxiliares, na forma prevista na legislação, a escrituração de débitos no Caixa pode ser feita por partidas mensais, sem alteração da natureza desta conta. Na tributação pelo lucro real anual, a base de cálculo do IRPJ é o maior saldo credor de Caixa apurado no ano.

OMISSÃO DE RECEITA. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. DEDUTIBILIDADE DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

Os créditos de PIS e Cofins não são dedutíveis porque, no momento de sua constituição, não são sequer despesa, mas mera expectativa, que não se concretizará caso, por exemplo, houver impugnação procedente, ou se os créditos forem extintos por decisão judicial.

Além disso, é incoerente pleitear como despesa crédito sob litígio.

A partir do exercício em que a expectativa se confirmar, por estarem esgotadas as discussões tanto na esfera administrativa quanto judicial, o interessado poderá considerar os créditos como despesa, já que estava impedido de fazê-lo antes.

SIMULAÇÃO. PROVA. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida, se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal.

PENALIDADES. MULTA QUALIFICADA. PERDA DO OBJETO.

A discussão sobre aplicação de multa qualificada de 150% perde seu objeto se a matéria tributável for totalmente compensada com o prejuízo fiscal.

PENALIDADES. MULTA SOBRE ESTIMATIVAS COMBINADA COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

No regime de tributação pelo lucro real anual, é incabível a aplicação de multa sobre estimativas combinada com multa de ofício porque representa dupla sanção sobre o mesmo fato.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA LANÇADA COM O TRIBUTO.

A multa de ofício lançada com o tributo também se enquadra no conceito de débito para com a União, logo sofre a incidência de juros Selic se não for paga tempestivamente.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2004

LANÇAMENTOS REFLEXOS DE CSLL, PIS E COFINS.

Pela relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos de CSLL, PIS e Cofins o mesmo tratamento dispensado ao de IRPJ.

Em razão do crédito tributário exonerado, foi efetuada remessa necessária.

Foi interposto recurso voluntário pela Contribuinte. A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Primeira Seção, no Acórdão nº 1401-001.623, deu provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a infração saldo credor de caixa, manter a infração despesa de amortização de ágio e negar provimento ao recurso de ofício.

A PGFN não interpôs recurso especial.

Foram opostos embargos de declaração pela Contribuinte, que não foram admitidos em despacho de exame de admissibilidade de embargos.

A Contribuinte interpôs recurso especial, que foi apreciado por despacho de exame de admissibilidade, que conheceu para as matérias (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”. Foi apresentada petição de agravo pugnando pelo conhecimento das matérias “obrigatoriedade da aplicação de todos os efeitos tributários extraíveis de negócio jurídico indireto em razão da reclassificação fiscal” e “reconhecimento da existência de propósito negocial, apesar da manutenção da glosa da amortização do ágio”. O despacho de agravo rejeitou o agravo apresentado. Requer a Contribuinte pelo conhecimento e provimento do recurso especial, pela reforma da decisão recorrida e para determinar o cancelamento da exigência fiscal na sua totalidade, restabelecendo-se o saldo de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL e para se proceder com o arquivamento do processo administrativo.

A PGFN apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura, Relator.

Sobre a admissibilidade, adoto as razões do despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2472/2486, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei n.º 9.784, de 1999¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para conhecer do recurso especial da Contribuinte, em relação às matérias (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”.

Passo ao exame do mérito.

As quatro matérias devolvidas dizem respeito à apreciação da possibilidade, ou não, da amortização da despesa de ágio efetuada pela Contribuinte.

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

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

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

Assim sendo, o presente voto propõe, inicialmente, apresentar uma análise histórica e sistêmica sobre o assunto.

Posteriormente, será realizada a apreciação do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural². Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento. Contudo, mesmo com a nova redação, **remanesceu o mesmo núcleo da hipótese de incidência que autoriza o aproveitamento do sobrepreço do texto anterior**, tanto nos aspectos pessoal, material e temporal, que serão apreciados no decorrer do voto. Basta verificar que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência, não sofreram alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei n.º 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, inciso V):

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão³.

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.

³ Ver Acórdão n.º 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997⁴, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER⁵ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁶ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa

⁴ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

⁶ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁷.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁸.

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

Ao se apreciar o aspecto **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, coordenou e comandou 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

⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

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

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

Enfim, vale dizer que, não obstante a publicação da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, no qual o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o

⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, a nova redação não promoveu nenhuma alteração nos aspectos pessoal, material e temporal da norma que permite o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, **precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência e os aspectos pessoal, material e temporal**, não sofreram qualquer natureza de alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

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

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

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

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

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

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

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

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

A **empresa A** é detentora de investimento, avaliado pelo MEP, na **empresa B**. De acordo com a regra geral, caso o investimento da **empresa B** seja reavaliado, a **empresa A** deveria tributar o ganho de capital auferido, conforme art. 438 do RIR/99¹⁰.

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

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

¹⁰ Art. 438. Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 3º).

empresa C foram objeto de evento de transformação societária, não seria hipótese de realização do investimento, e, por isso, permaneceria o diferimento do ganho de capital.

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

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

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

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

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

9. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de despesa de amortização de ágio efetuada pela Contribuinte, no decorrer do ano-calendário de 2004, conforme tabela do Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 454.

Discorre a Contribuinte, no recurso especial, que o Grupo Pão de Açúcar ("GPA") e o Grupo Sendas ("GSendas") decidiram, ainda em dezembro de 2003, unificar suas operações, por meio da criação de uma *joint venture*.

Assim, deram-se uma sequência de operações no decorrer de dezembro de 2003 e no ano-calendário de 2004, que foram objeto de apreciação pela autoridade fiscal.

Encontram-se descritos, no Termo de Verificação Fiscal, às e-fls. 443/447, os eventos societários empreendidos no decorrer dos anos de 2003 e 2004 visando a unificação das operações dos dois grupos empresariais.

A Contribuinte, no recurso especial, relata que:

42. Ou seja, a combinação de negócios a valor de mercado era condição absolutamente necessária para duas partes independentes e com acionistas minoritários, cada uma.

43. De toda forma, dentre os vários caminhos jurídicos existentes para que a associação fosse implementada, o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas optaram pela constituição de sociedades de propósito específico (Rio Patea e Serra do Andaraí) que reunissem, em princípio, o patrimônio que seria aportado na associação (a valor contábil), para posterior conferência a mercado das participações societárias de tais sociedades (conferência esta sujeita ao disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/02).

44. A Recorrente assim procedeu porque o citado o art. 36 possibilitava a avaliação a mercado de participação societária, o que, no seu caso específico ajudou - e muito - a equalização das participações dos dois grupos que as constituiu. Mais do que isto: graças à existência de tal dispositivo é que foi possível, em tempo curtíssimo, implementar a Associação, tal como se estabeleceu no Memorando de Entendimentos e no respectivo Acordo de Acionistas (que, apesar de mencionado e acostado aos presentes autos, não foram lidos de maneira cuidadosa pela fiscalização).

45. Assim, no contexto da operação efetivamente levada a efeito, coube à Recorrente recepcionar as participações em Rio Patea e Serra do Andaraí já avaliadas pelos valores de mercado e, em seguida, absorver os respectivos acervos patrimoniais para consolidar a joint venture com patrimônio líquido valorado a preço de mercado.

Como se pode observar, optaram o GSendas e o GPA pela constituição de sociedades de propósito específico (SPE), quais sejam, RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ, para reunirem, “em princípio”, o patrimônio a ser aportado para constituir a *joint venture*, que seria avaliado a valor contábil, e, na ocasião em que fossem efetuadas as conferências para subscrição e integralização das SPE, as participações seriam reavaliadas e contabilizadas pelo valor de mercado, com base no disposto no art. 36 da Lei nº 10.673, de 2002.

Contudo, constatou a autoridade autuante que, as participações das SPE foram transferidas para a Contribuinte e, em brevíssimo lapso temporal, a Contribuinte incorporou as SPE (RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ) ¹¹.

¹¹ Segue transcrição das operações societárias apresentadas no voto da DRJ:

133.2 De acordo com o Relatório e documentação acostada aos autos, SENDAS e SÉ acionistas majoritárias de SENDAS DISTRIBUIDORA S/A, instituída em 29.02.2004, se tornaram, ambas, únicas sócias de RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ, respectivamente, em 19.04.2004 e 15.04.2004.

133.3 A RIO PATEA, instituída em 09.01.2004 por Marcelo Turssardi Paolini e Celina Pannunzio, com capital subscrito de RS 100,00, teve seu capital inicialmente aumentado, também em 19.04.2004, pelos adquirentes originais CBD e NOVASOC, igualmente sócias de SENDAS DISTRIBUIDORA S/A, mediante transferência do fundo de comércio da primeira, avaliado em RS 10.000,00, e transferência do acervo líquido e fundo de comércio da segunda, avaliados em RS 114.709.239,00. As mesmas, na mesma data, cederam a total de suas participações à SENDA DISTRIBUIDORA S/A, de que eram sócias.

133 A SERRA DO ANDARAÍ, instituída em 03.09.2003, com capital de RS 100,00, pêlos sócios Marcelo TrussardiPaolini e Celina Pannunzio, foi adquirida pela SENDAS em 15.04.2004, tendo seu capital aumentado para RS 15.000,00, em moeda corrente, R\$ 4.950,00 e transferência do fundo de comércio, avaliado em RS 10.000,00.

133.5 Ambas, SENDAS e SE, transferem a totalidade de suas cotas na RIO PATEA e na SERRA DO ANDARAÍ, em, respectivamente, 19.04.2004 e 28.05.2004, para SENDAS DISTRIBUIDORAS/A.

133.6 Através da AGE de 30.04.2004 foram incorporados os patrimônio líquidos das duas sociedades a SENDAS DISTRIBUIDORA, fls. 74/106, Anexo II).

Por sua vez, entendeu a Contribuinte que a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado do investimento constituir-se-ia em sobrepreço “pago”, ágio que poderia ser submetido à amortização, porque, com a incorporação das SPE (**ocorrida no ano-calendário de 2004**), ter-se-ia consumado a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Ocorre que, pela **primeira verificação** proposta no presente voto, disposta no tópico 9 do presente voto, a operação societária descrita não se enquadra na hipótese de incidência prevista pela norma que permite a amortização do ágio.

As operações realizada no contexto do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, inspiração do GSendas e do GPA para consolidação da *joint venture*, puderam seu úteis para fins da viabilizar a unificação das atividade dos grupos, mas **não guardam repercussão na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997**, nos termos do tópico 8 do presente voto.

A reavaliação do investimento, por ocasião da integralização das participações societárias do GSendas e do GPA nas pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, e posterior incorporação das mesmas pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA pela Contribuinte, não se enquadram na situação prevista pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Não ocorreu a comunicação patrimonial entre investidor e investida no evento de incorporação. A incorporação no caso concreto envolveu as pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, **que não podem ser qualificadas como investimento (investida) na operação**, vez que são empresas interpostas e efêmeras criadas especificamente para receber o investimento, nos termos do tópico 7 do presente voto.

O que se operacionalizou foi uma utilização das empresas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, criadas especificamente para a consecução do negócio, com capital social inicial de R\$100,00 e duração efêmera, e posteriormente objeto de subscrição e integralização de quotas de participação do investimento reavaliado, para se construir artificialmente uma incidência tributária que pudesse se amoldar aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Nesse contexto, mostram-se precisas as conclusões da decisão recorrida:

Não restam dúvidas, portanto, de que as operações em sequência terminaram produzindo o ágio interno e o ágio de si mesmo. Na prática, o ágio de si mesmo denota que não houve nem aquisição envolvendo terceiros. E de fato, não houve. O que houve, como já se disse alhures, foi apenas que os dois grupos resolveram reavaliar seus ativos, equalizando os preços um com o outro de forma paritária (meio a meio), onde o fiel da balança foi o aporte financeiro feito pelo grupo Pão de Açúcar na Rio Patea. Ao final tais ativos foram acomodados na SENDAS DISTRIBUIDORA também meio a meio. Ou seja, não houve até esse ponto, qualquer aquisição de um grupo pelo outro, mantendo-se a independência cada qual do seu acervo original. Como também já se disse, aqui se tratou apenas de uma etapa preparatória para um futura aquisição do grupo Sendas pelo grupo Pão de Açúcar, que de fato ocorreu depois dos fatos aqui tratados.

133.7 Em 30.06.2004 SENDAS DISTRIBUIDORA, mediante 4a. alteração contratual (fls. 142/146, Anexo II), resolve, incorporar RIO PATEA, por avaliação de R\$ 618.340.702,00, sendo que o acervo líquido e fundo de comércio que lhe foram transferidos em 19.04.2004, somassem R\$ 114.729.139,00.

133.8 Em 28.05.2004, SENDAS DISTRIBUIDORA, mediante 3a. alteração contratual (fls. 183/185, anexo II), resolve incorporar SERRA DO ANDARAÍ por avaliação de R\$ 853.904.369,00, sendo que o fundo de comércio, que lhe foi transferido em 15.04.2004, para aumento do capital, somasse RS 10.000,00.

Outrossim, em seu recurso a Recorrente se agarra na possibilidade de o art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 poder diferir o ganho de capital na operação, porém este permissivo legal não dá azo ao contribuinte de criar situações artificiais de aproveitamento do ágio.

Portanto, não há como se acolher nenhuma das matérias devolvidas, (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”.

Isso porque, tendo em vista que os eventos previstos no art. 36 da Lei n.º 10.637, de 2002, não guardam repercussão com a hipótese de incidência de amortização de despesa com ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, ou seja, não há nenhuma subsunção à norma legal, a apreciação se esgota em termos da legalidade da operação, razão pela qual não há que se falar em improcedência da decisão recorrida (matéria 1), ou em discussão sobre legalidade de negócio jurídico indireto (matéria 3), ou sobre legalidade da operação construída precisamente com base no art. 36 da Lei n.º 10.637, de 2002 (matéria 4). Reforça-se que aqui não se discute a legalidade do art. 36 da Lei n.º 10.637, de 2002, mas sim que o dispositivo não tem repercussão nos eventos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997. E, sobre a utilização de empresas denominadas “veículo” (matéria 2), como poderiam ser rotuladas a RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, tendo sido empresas que participaram do evento de incorporação, e não podendo ser qualificadas na condição de investidor, e tampouco de investida (investimento), impedem o enquadramento da situação autorizada pelos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, para que possa ser aproveitada a despesa de amortização de ágio.

Assim sendo, deve ser mantido o lançamento fiscal em relação à matéria ágio.

Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer** do recurso especial da Contribuinte, em relação às matérias (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”, e, no mérito, **negar-lhe provimento**.

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura