



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

Processo n° 16327.720728/2012-51
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.466 – 1ª Turma
Sessão de 07 de março de 2018
Matéria ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO ITAU BBA S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

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.

Ainda que o ágio tenha sido criado em operação envolvendo terceiros independentes, se houver a transferência do ágio registrado na investidora originária para outra empresa, pertencente ao mesmo grupo econômico, por meio de operações meramente contábeis e sem circulação de riqueza, não mais se torna possível o pretendido aproveitamento tributário do ágio.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO À TURMA *A QUO*.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais relativas às glosas das despesas de amortização de ágio e às adições de valores indevidamente excluídos do lucro tributável, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para

análise dos pontos específicos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

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 voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - 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, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado para os impedimentos de conselheiros), Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, contra o Acórdão nº 1301-002.182, onde se decidiu que o ágio incorrido na aquisição de participação societária, uma vez transferido para empresa veículo pode ser objeto da amortização antecipada de que trata o art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

No procedimento fiscal que originou o presente lançamento foi analisada operação que constituiu uma etapa do processo de absorção do Bank Boston Banco Múltiplo S/A (BKB), pelo grupo Itaú. Ao presente caso, interessam os seguintes atos:

1. Aquisição das ações do Bank Boston Banco Múltiplo S/A (BKB) e da Libero Trading Internacional Ltd (LTI), pelo Banco Itaú Holding Financeira S/A (BIHF), holding do grupo Itaú, em 25/08/2006, pelo preço de R\$ 4.581.120.000,00, com ágio no valor de R\$ 2.597.837.360,40;
2. Incorporação das ações do BKB e da LTI pelo Banco Itaú S/A (subsidiária integral do BIHF) em 02/10/2006, pelo valor de R\$ 4.625.335.493,26, com o objetivo de não reduzir o valor do ágio a ser futuramente amortizado pela empresas do grupo Itaú, mantendo-se inalterado o valor do ágio de R\$ 2.597.837.360,40, entre a primeira e a segunda aquisição;
3. Cisão parcial do BKB (com versão do segmento Corporate para o Banco Itausaga, e do segmento de cartões para a Rudá Administração e Participações S/A), ambas em 02/10/2006;
4. Venda das ações do Itausaga para o ItaúBBA em 02/10/2006 (com laudo específico);
5. Incorporação do Itausaga pelo ItauBBA em 31/01/2007.

Alegou a fiscalização que a motivação do contribuinte era destinar os seguimentos de varejo, de corporate e de cartões do Bank Boston às instituições financeiras do grupo Itaú que tivessem mais afinidade com cada um desses segmentos. Nesse contexto o seguimento corporate foi absorvido pelo Banco Itaú BBA S.A.

Aduz a fiscalização, ainda, que, nesse processo, o planejamento tributário ficou oculto. Não se viu confessado que a forma utilizada no processo de absorção foi arquitetada com a única finalidade de transferir o ágio gerado para determinadas empresas do grupo Itaú (vide efls. 3246 e 3247).

Para a fiscalização, em última instância ocorreram operações de alienação de carteiras de clientes do Bank Boston ao conglomerado Itaú.

Foi aplicada multa isolada, pela insuficiência de recolhimento do IRPJ e CSLL sobre base estimada e multa de ofício não qualificada.

Impugnado o Auto de Infração, a DRJ decidiu pela improcedência dos argumentos de defesa. Assim, tempestivamente foi aviado Recurso Voluntário.

A Turma a quo, ao analisar o Recurso Voluntário do Contribuinte entendeu, no que interessa ao presente julgamento, que:

"(...)

Assim sendo, o ágio resultante da aquisição, pelo Banco Itaú, das ações do BKB de propriedade do BIHF, é parte do ágio apurado na incorporação, pelo BIHF, das ações do BKB de propriedade do Bank of America.

Se se considerar que o ágio é o mesmo, e vem desde a origem da operação, considerado sobre a aquisição da fatia "Corporate" do BKB, afastado fica o raciocínio de ágio interno, o qual, particularmente, não aceito. Não se trata, esclareça-se, de ágio gerado internamente entre empresas de um mesmo grupo econômico e com os mesmos interesses em criar um ágio interno, sem fundamentação econômica, que possibilitasse sua posterior dedução fiscal em outra empresa do mesmo grupo."

Vale a transcrição da ementa da referida decisão:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Flávio Franco Corrêa e Milene de Araújo Macedo, que negavam provimento. Designado redator ad hoc (Portaria CARF nº107/2016) o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro."

Regularmente intimada da decisão a Fazenda Nacional apresentou seu Recurso Especial objetivando discutir a dedutibilidade de ágio transferido.

O Recurso regularmente admitido pelo Presidente da Câmara.

Intimado do Recurso da Fazenda Nacional o Contribuinte apresenta contrarrazões

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

O conhecimento do Recurso da Fazenda Nacional não foi contestado pelo contribuinte. A par disso, entendo não haver reparos a serem feitos no despacho de admissibilidade.

Portanto, Conheço do recurso Especial.

MÉRITO

A) POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO

O ponto que restou em discussão no presente julgamento diz respeito à possibilidade ou não de transferência de ágio apurado na aquisição de participações societárias de terceiros independentes, entre empresas do mesmo grupo, com posterior incorporação de sociedades e aproveitamento fiscal do ágio.

Quanto a isso, concluiu a fiscalização que na busca para transportar o ágio original para empresas do grupo e amortizá-lo fiscalmente, o Grupo Itaú cometeu abuso de direito. Vale aqui a transcrição do seguinte trecho do TVF (efls. 3288):

Não bastasse este fato, demonstrou-se, ainda, que, na busca obstinada para “transportar” o ágio original (aquele que surgiu na incorporação das ações do BankBoston pelo Banco Itaú Holding Financeira S. A.) para suas empresas (Banco Itaú BBA S. A. e Banco Itaucard S. A.) e amortizá-lo na forma prevista no inciso III, do art. 7º, da Lei 9.532/97, o Grupo Itaú cometeu abuso de direito (vide itens 3 e 4 deste Termo de Verificação Fiscal).

No julgamento do Recurso Voluntário, entretanto, não se viu abuso de direito na operação societária realizada, conforme trecho do voto abaixo transcrito:

De acordo com a data das operações societárias, constata-se que seis delas (itens 2 a 7 acima) foram realizados no mesmo dia 02/10/2003, em sequência, assim como evidencia-se a utilização da Itausaga como empresa veículo cuja função foi apenas possibilitar a transferência de ágio.

Sustenta a Recorrente que a participação da Itausaga no processo foi apenas uma alternativa entre tantas outras, a fim, não de evitar ou reduzir pagamento de tributo, mas para evitar alteração na composição acionária deste.

Não entendo suficiente para a manutenção da infração o entendimento de que a operação de compra e venda poderia perfeitamente ser feita diretamente entre o BKB e o ItauBBA, se a impugnante quisesse realizar a operação sem intermediários, o que conseqüentemente geraria um ganho de capital para BKB.

Os fatos estão postos para serem examinados e, ao que parece, a operação foi realizada ao abrigo da lei tributária que contemplou a formação de ágio, quando da aquisição de participação societária valorizada sob o critério de rentabilidade futura.

Considerar-se que a Itausaga foi incluída no processo de reestruturação com o propósito certo de permitir a indevida transferência do ágio para o Itau BBA, o qual passou a deduzir a respectiva amortização de ágio, é, no meu entendimento, forçar por demais a realidade: para o Grupo Itáu, a utilização de empresas interpostas, para evitar alteração na composição societária de outras empresas pode ser negocialmente relevante.

Pode-se entender até como estratégia de planejamento tributário objetivando à transferência de ágio gerado na compra do BKB de uma empresa para outra, sem que a lei, por tal motivo, seja violada.

Também entendo que a operação estruturada em sequência, transportou ágio de parte da atividade do BKB para o ItaúBBA, empresa essa que acabou por ficar com a parcela "Corporate" do BKB que, lá na origem de toda a operação, foi adquirida de maneira valorizada com base na rentabilidade futura. Não se trata, pois, de ágio novo. Nos termos da Lei nº 9.537/97, em seu art. 7º, é permitida a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação, o que efetivamente ocorreu neste caso, mesmo que de forma encadeada.

Assim sendo, o ágio resultante da aquisição, pelo Banco Itaú, das ações do BKB de propriedade do BIHF, é parte do ágio apurado na incorporação, pelo BIHF, das ações do BKB de propriedade do Bank of America.

Se se considerar que o ágio é o mesmo, e vem desde a origem da operação, considerado sobre a aquisição da fatia "Corporate" do BKB, afastado fica o raciocínio de ágio interno, o qual, particularmente, não aceito. Não se trata, esclareça-se, de ágio gerado internamente entre empresas de um mesmo grupo econômico e com os mesmos interesses em criar um ágio interno, sem fundamentação econômica, que possibilitasse sua posterior dedução fiscal em outra empresa do mesmo grupo.

Penso que não assiste razão à fiscalização nessa interpretação dos fatos e das normas em análise e que a Turma *a quo*, de modo certo, compreendeu a questão.

A possibilidade de amortização fiscal do ágio gerado por rentabilidade futura, após absorção de patrimônio de uma sociedade por outra, mediante incorporação, fusão ou cisão, inclusive da investidora (chamada operação reversa), surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei 9.532/97, artigos 7º e 8º, abaixo transcritos:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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 apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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.

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

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

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

Pelas regras acima, a amortização do ágio pago com fundamento em previsão de rentabilidade futura, deve atender a três premissas básicas, quais sejam:

- 1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- 2) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Nesse contexto, passemos à análise alguns pontos relevantes.

A.1) INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI 9.532/97 - EQUIVOCADA UTILIZAÇÃO DA TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

A fiscalização empregou interpretação literal à tais regras, para afirmar que apenas o investidor que efetivamente efetuou o pagamento pela aquisição possui o direito de amortizar o ágio nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão.

Penso, pelo contrário, que não foi utilizada a melhor técnica para a interpretação das referidas normas pela fiscalização.

As regras de amortização fiscal do ágio não se tratam benefício fiscal. E isso fica claro ao se verificar a exposição de motivos 644/MF, da MP 1.602/97, que em seu item 11 assim manifestava:

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”, 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 Lei 9.532/97 veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o regulamentar a forma de aproveitamento fiscal do ágio gerado.

Por trazer regras um pouco mais claras sobre a amortização fiscal do ágio, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que trouxe segurança jurídica às operações de aquisições de empresas, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

Diante das regras ali contidas é possível afirmar que, teleologicamente, a Lei visava dar segurança jurídica aos adquirentes de participações societárias, desde que a operação estivesse fundada em rentabilidade futura devidamente documentada e com o efetivo pagamento do preço, contexto que, sendo verificado, garantia a amortização fiscal, após a confusão patrimonial aos contribuintes.

Ora, não se tratando de benefício fiscal, entendo que não é a interpretação literal aquela que melhor se adequa à interpretação da legislação que trata da amortização fiscal do ágio nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão. A meu ver, a interpretação finalística supre todas as lacunas da legislação.

Nesse contexto, pode-se afirmar que houve uma equivocada aplicação da teoria do propósito negocial para se entender que as operações em questão são inoponíveis ao fisco.

Para explicar tal afirmação, partimos da premissa de que, o propósito negocial na aquisição do Bank Boston no Brasil pelo conglomerado Itaú é indubitável, haja

vista que houve efetiva aquisição de participação societária, fundada em laudo de avaliação da rentabilidade futura do negócio adquirido, e pagamento de preço a parte totalmente independente.

Entendeu a fiscalização, equivocadamente, que a operação societária de cisão do Bank Boston e integração das parcelas cindidas em empresas do grupo, que posteriormente foram transferidas para as empresas operacionais do grupo Itaú que possuíam sinergia com as atividades segregadas, tiveram propósito exclusivamente de gerar ganho tributário.

A meu ver, apenas se o ágio original na aquisição do Bank Boston fosse forjado essa afirmação seria plausível.

Houvesse a aquisição do Bank Boston sido realizada pelas três empresas do grupo Itaú conjuntamente, dentre as quais o contribuinte em questão, com posterior cisão e incorporação das parcelas cindidas pelas empresas adquirente a amortização do ágio jamais seria questionada pela fiscalização.

Ora, não pode a forma jurídica escolhida pelo contribuinte para organizar seus negócios no âmbito do grupo empresarial tolher direito garantido.

Houve efetiva aquisição de participação com ágio, o preço foi pago a terceiro independente, logo, o ágio deve ter seus efeitos fiscais garantidos, que é a sua amortização.

Penso que, finalisticamente, não era intenção da norma coibir esse tipo de operação. Como visto na exposição de motivos retro transcrita, sua intenção era de coibir operações com ágios forjados ou a amortização integral do ágio, em função da ausência de regulamentação da forma de aproveitamento nas hipóteses de confusão patrimonial entre investidora e investida.

A.2) INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL NO DIREITO PÁTRIO

Em minha posição, o entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária é apenas uma doutrina muito mais propositiva do que analítica do Direito posto, a qual se aproxima muito da já rechaçada interpretação econômica do Direito Tributário. Ambas levam ao desmedido subjetivismo na valoração dos fatos tributáveis e, conseqüentemente, à insegurança jurídica.

Além disso, a finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e/ou redução de custos - inclusive tributário, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

Para o principal doutrinador da tese da substância econômica, Marco Aurélio Greco, há dois tipos de ilícitos que acarretam a invalidade do planejamento tributário: os ilícitos típicos (sonegação, fraude e conluio, previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502) e os ilícitos atípicos (tais como abuso de direito, fraude a lei e simulação, institutos do direito civil utilizados no âmbito do direito tributário).

Discordo dessa posição. Em minha visão, dado o princípio da tipicidade cerrada e da segurança jurídica, apenas os ilícitos típicos acarretam a invalidade do planejamento tributário.

Concluo dessa forma, inclusive, avaliando o parágrafo único do artigo 116, do CTN que ao dizer que *a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária*, impôs que fossem observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Sendo válida em nosso ordenamento a teoria do Professor Marco Aurélio Greco, a letra da norma acima seria morta, na medida em que seria totalmente dispensável a Lei específica que estabelecesse os procedimentos a serem observados pelas autoridades administrativas para desconsiderar atos ou negócios jurídicos, já que a legislação civil cumpre tal papel.

Quisesse o legislador ver aplicáveis no âmbito do direito tributário, pelas autoridades administrativas, as regras de direito civil, o faria expressamente, por meio da Lei prevista no parágrafo único do referido artigo 116. Se não o fez, a autoridade administrativa não possui poderes para desconsiderar atos e negócios jurídicos com base em institutos do direito civil.

Não podemos nos esquecer que no âmbito civil impera a vontade, enquanto que em âmbito tributário impera a legalidade.

Entendo que apenas na hipótese em que demonstrado pelas autoridades fiscais a sonegação, fraude ou conluio dos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502, ela poderá desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes.

Nesse contexto, em minha análise os critérios definidores de um planejamento tributário legítimo, oponível às autoridades fiscais, são: (i) os atos que impliquem a redução na carga tributária devem ocorrer cronologicamente antes do fato gerador; (ii) os atos praticados pelo contribuinte que resultaram na redução da carga tributária devem ser lícitos; dada a ausência de dolo ensejador da sonegação, fraude e conluio previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64.

Em minha concepção, então, a simples alegação de falta de propósito negocial, dissociada da comprovação de pelo menos um dos ilícitos previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64 não é suficiente para respaldar a atitude da fiscalização de desconsiderar operações legalmente realizadas.

Portanto, voto NEGAR provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator designado

Com a devida vênia, divirjo do entendimento exposto pelo ilustre Conselheiro Relator acerca do tema que foi objeto do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, qual seja a possibilidade de aproveitamento tributário de ágio regularmente registrado por uma empresa e posteriormente "transferido", por meio de operações de incorporação e de compra e venda, para outras pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O ponto central do debate desenvolvido nos presentes autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pelo contribuinte BANCO ITAÚ BBA S.A. (doravante identificado apenas como "ITAÚ BBA") e condenado pela Fiscalização, de utilizar tributariamente, nos anos-calendário 2007 a 2010, ágio registrado originalmente na contabilidade do BANCO ITAÚ HOLDING FINANCEIRA S.A. ("BIHF"), *holding* do grupo ITAÚ. A aludida utilização tributária se deu por meio de deduções de despesas de amortização do ágio e de exclusões realizadas na apuração do lucro real do contribuinte, que reduziram os valores de IRPJ e de CSLL recolhidos no período considerado.

A operação que originou o ágio ocorreu em 25/08/2006, quando o BIHF adquiriu o BANKBOSTON BANCO MÚLTIPLO S.A. ("BANKBOSTON") junto à pessoa jurídica estrangeira BANK OF AMERICA CORPORATION ("BANK OF AMERICA"). As ações do banco adquirido tiveram seu preço fixado em R\$ 4.578.878.000,00, valor que foi "pago" com a emissão de ações preferenciais do adquirente BIHF.

O preço adotado na aquisição foi determinado com base no valor de mercado das ações do BANKBOSTON em 30/04/2006, que era superior ao seu valor patrimonial (R\$ 1.981.040.639,60). Assim, registrou-se na contabilidade do BIHF ágio correspondente à diferença entre tais montantes, no valor de R\$ 2.597.837.360,40.

Ao contrário do BANKBOSTON, o grupo ITAÚ contava com pessoas jurídicas distintas para exploração dos negócios de banco de varejo, banco de atacado (segmento *corporate*) e operações de cartões de crédito. Assim, o grupo financeiro optou por segmentar as operações do banco recém-adquirido relativas a cada um dos negócios mencionados, para posterior integração às empresas especializadas do grupo ITAÚ.

A primeira etapa de operacionalização deste intento ocorreu em 02/10/2006, quando o BANCO ITAÚ S.A. ("BANCO ITAÚ"), empresa integralmente controlada pelo BIHF, incorporou 100% das ações do BANKBOSTON, pelo preço fixado de R\$ 4.625.335.493,26. Nesta data, o valor patrimonial das ações do BANKBOSTON era de R\$ 2.027.498.132,86, o que provocou a contabilização, no BANCO ITAÚ, de ágio no valor de R\$ 2.597.837.360,40, exatamente igual ao previamente registrado no BIHF.

Em contrapartida, o BIHF baixou o investimento que detinha diretamente no BANKBOSTON e registrou um aumento de R\$ 4.625.335.493,26 no investimento que já possuía no BANCO ITAÚ.

Dando continuidade aos planos do grupo ITAÚ de segregar as operações do BANKBOSTON, o patrimônio deste banco foi parcialmente cindido, ainda em 02/10/2006, para que os ativos e passivos correspondentes ao segmento *corporate* pudessem ser vertidos a outra empresa do grupo, o BANCO ITAUSAGA S.A. ("ITAUSAGA"). Além das ações do BANKBOSTON relacionadas às operações *corporate*, também foi "transferida" ao ITAUSAGA a parcela do ágio que o grupo ITAÚ associou àquela parte do investimento.

A quantificação do valor das operações transferidas (e do ágio a elas associado) foi realizada com base no valor de mercado, avaliado em 31/08/2006, dos principais segmentos de negócios do BANKBOSTON. O BANCO ITAÚ baixou, então, parte de seu investimento direto no BANKBOSTON, transferindo o valor equivalente para o investimento direto que passou a deter no ITAUSAGA (este já estava submetido ao controle do primeiro, mas de forma indireta). O valor patrimonial das operações *corporate* transferidas era de R\$ 140.000.000,00 e o ágio associado, de R\$ 760.904.992,00, perfazendo um total de R\$ 900.904.992,00 incorporados pelo ITAUSAGA.

Ainda na mesma data, 02/10/2006, o BANCO ITAÚ vendeu a totalidade das ações do ITAUSAGA ao contribuinte ITAÚ BBA. A venda se deu por R\$ 920.900.000,00, sendo R\$ 159.995.008,00 referentes ao valor do patrimônio líquido e R\$ 760.904.992,00 de ágio associado ao investimento.

Para captar os recursos necessários à compra do ITAUSAGA, o ITAÚ BBA emitiu um Certificado de Depósito Interbancário (CDI) exatamente no valor de R\$ 920.900.000,00. O CDI foi comprado pelo próprio BANCO ITAÚ, vendedor das ações do ITAUSAGA, fato que levou a Fiscalização a inferir que a operação de compra e venda teria sido financiada pelo vendedor das ações.

Já em 31/01/2007, o contribuinte ITAÚ BBA incorporou o ITAUSAGA, empresa então submetida ao seu controle integral (na realidade, de acordo com o próprio contribuinte, antes de dezembro de 2006 todas as operações do ITAUSAGA já haviam sido transferidas, por meio de instrumentos jurídicos adequados, ao ITAÚ BBA).

Julgando ter reunido no mesmo patrimônio a fração do acervo antes pertencente ao BANKBOSTON, associada à atividade *corporate*, e o ágio que a ela foi atribuído por ocasião da aquisição do BANKBOSTON pelo BIHF, o contribuinte iniciou, no ano-calendário 2007, o aproveitamento tributário de tal ágio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

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

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

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

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

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

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

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no 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 1997¹, 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 SCHOUER² 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

¹ 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.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁴:

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

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

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

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

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

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em

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

⁴ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

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

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

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

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

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusão é ratificada analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁶, 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

⁶ SCHOUERI, 2012, p. 62.

*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 em que investiu (incorporação "às avessas").

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

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve, em 25/08/2006, a celebração de um negócio entre o BIHF, *holding* do grupo ITAÚ, e um terceiro não relacionado ao seu grupo, o BANK OF AMERICA. O primeiro adquiriu do segundo a totalidade das ações do BANKBOSTON, pelo seu valor de mercado então avaliado em R\$ 4.578.878.000,00. Como o valor patrimonial das ações alienadas era de R\$ 1.981.040.639,60, houve o registro, na contabilidade do BIHF, de ágio de R\$ 2.597.837.360,40.

A contrapartida pela aquisição das ações não foi um pagamento em dinheiro, mas a emissão de novas ações do BIHF em favor do BANK OF AMERICA. Foram emitidas 68.518.094 novas ações preferenciais da *holding* do grupo ITAÚ, equivalentes a R\$ 4.581.120.000,00, valor necessário para a compra do BANKBOSTON e da LIBERO TRADING INTERNATIONAL LTD. (outra empresa alienada ao BIHF pelo BANK OF AMERICA, por R\$ 2.242.000,00).

Desta forma, o BANK OF AMERICA passou a figurar entre os acionistas do BIHF, com uma participação acionária de 5,8%.

Embora a aquisição das ações do BANKBOSTON, por valor superior ao patrimonial, não tenha se dado por meio de desembolso de dinheiro por parte do BIHF, tal fato não representava óbice à contabilização de ágio pelo adquirente. Não se discute nos presentes autos que o valor da contrapartida oferecida pelo BIHF superou o valor patrimonial do investimento adquirido. A existência do ágio oriundo desta operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Quando se estabelece a necessidade de que o investidor tenha arcado com a aquisição do investimento com ágio, obviamente não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O caso sob análise ilustra à perfeição tal tese, já que o BIHF exerceu efetivamente o papel de real investidor ao oferecer as próprias ações em contrapartida à aquisição das ações do BANKBOSTON. Apesar de não se ter verificado um desembolso de dinheiro, houve efetivas variações patrimoniais para as duas partes envolvidas (BIHF e BANK OF AMERICA), em valores proporcionais ao negócio celebrado.

O óbice às pretensões do contribuinte reside não em eventual vício no surgimento do ágio, mas sim no fato de que a pessoa jurídica que efetivamente realizou o sacrifício patrimonial que amparou o surgimento e o registro do ágio foi, como descrito acima, o BIHF, e não o BANCO ITAÚ, o ITAUSAGA ou o contribuinte ITAÚ BBA, pessoas jurídicas por cuja contabilidade o registro do ágio circulou por força das operações societárias promovidas pelo grupo ITAÚ. Tais operações, aliás, tiveram o assumido propósito de fazer chegar ao ITAÚ BBA o ágio originalmente registrado pelo BIHF.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa. Sendo assim, agiu corretamente a Fiscalização ao considerar que o contribuinte recorrido ITAÚ BBA não tinha direito a aproveitar tributariamente parte do ágio oriundo da operação de aquisição das ações do BANKBOSTON pelo BIHF.

Como não foi o ITAÚ BBA que fez o sacrifício patrimonial que deu origem ao ágio relacionado às operações *corporate* do BANKBOSTON, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. A única empresa que se sacrificou para a aquisição das ações do banco adquirido foi o BIHF, que abriu mão de 5,8% de suas ações em contrapartida à compra do investimento no BANKBOSTON.

Posteriormente à aquisição do BANKBOSTON pelo BIHF, junto ao terceiro não relacionado BANK OF AMERICA, foram promovidas operações que envolveram várias empresas do grupo ITAÚ, com o objetivo final de fazer chegar à contabilidade do contribuinte ITAÚ BBA o ágio de R\$ 760.904.992,00 relacionado ao acervo patrimonial *corporate* oriundo do BANKBOSTON.

Inicialmente as ações do BANKBOSTON foram incorporadas pelo BANCO ITAÚ, controlado pelo BIHF, o que provocou a baixa do investimento na contabilidade da *holding* e o registro das ações incorporadas no BANCO ITAÚ, pelo seu valor patrimonial (R\$ 2.027.498.132,86) mais ágio (R\$ 2.597.837.360,40).

Em seguida, o BANKBOSTON sofreu cisão parcial e os ativos e passivos relacionados às suas operações *corporate* foram vertidos ao ITAUSAGA, empresa controlada pelo BANCO ITAÚ. A parcela cindida foi registrada no ITAUSAGA juntamente com o ágio a ela relacionado, no valor de R\$ 760.904.992,00. Em contrapartida, o BANCO ITAÚ reduziu seu investimento no BANKBOSTON e aumentou seu investimento direto no ITAUSAGA.

Por fim, o BANCO ITAÚ promoveu a venda do ITAUSAGA ao contribuinte ITAÚ BBA por R\$ 920.900.000,00, valor que contemplou o ágio de R\$ 760.904.922,00 associado às operações *corporate* do BANKBOSTON. Os recursos necessários para que o contribuinte efetuasse o pagamento desta aquisição foram captados mediante a expedição de uma CDI, comprada pelo próprio vendedor BANCO ITAÚ. Obviamente o vendedor "recebeu" o valor da compra e venda e adquiriu, em desfavor do comprador, um direito de crédito no mesmo valor.

A engenharia societária se completou com a incorporação do ITAUSAGA pelo ITAÚ BBA, ocorrida no início de 2007. A partir deste momento, o contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar o ágio por meio de deduções relativas à sua amortização e de exclusões feitas diretamente na apuração do lucro real.

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, o real investidor é o BIHF (e apenas ele).

Nenhuma das operações realizadas após a aquisição do BANKBOSTON junto ao BANK OF AMERICA envolveu a participação de terceiros independentes ou a efetiva circulação de riquezas. O registro do ágio (e, posteriormente, de suas frações, associadas às operações *corporate*, de varejo e de operações com cartões de crédito) foi "transferido" entre as empresas do grupo ITAÚ por meio de operações societárias com efeitos meramente contábeis. Não se caracterizou qualquer sacrifício patrimonial por parte de qualquer empresa envolvida, uma vez que todas elas estavam submetidas a controle comum.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação do ITAUSAGA foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico ITAÚ poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999. Às vésperas de receber parte das ações do BANKBOSTON, em 02/10/2006, o ITAUSAGA teve seu patrimônio praticamente esvaziado, ficando apenas com R\$ 20.000.000,00 de patrimônio líquido por conta de exigência específica do Banco Central do Brasil. Assim, atuou como verdadeira "empresa-veículo", pois participou de forma efêmera das operações societárias relacionadas à integração do BANKBOSTON ao grupo ITAÚ e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de algum benefício fiscal.

O grupo ITAÚ optou por adotar procedimentos de engenharia societária que permitissem, ao final, a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica (o contribuinte ITAÚ BBA), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Sendo assim, a amortização operada pelo contribuinte recorrido não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária

(investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, o investidor real não participou de "confusão patrimonial" alguma.

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

O aproveitamento tributário do ágio discutido nos presentes autos consistiu, como já foi dito por diversas vezes, predominantemente na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Admitindo-se uma construção artificial, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que

afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes."

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

Diante de todo o exposto, relativamente ao pedido de restabelecimento da glosa das despesas decorrentes da amortização do ágio, indevidamente deduzidas pelo contribuinte ITAÚ BBA entre os anos de 2007 e 2010, bem como da adição dos valores indevidamente excluídos da apuração do lucro tributável no mesmo período, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Por fim, registre-se que, como bem apontado tanto pela recorrente quanto pelo contribuinte em suas contrarrazões, há duas matérias que constaram no recurso voluntário e que não foram apreciadas pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF no bojo do Acórdão nº 1301-002.182, em virtude da desoneração das verbas principais, atinentes ao IRPJ e a CSLL. Tais matérias referem-se à aplicação concomitante das multas isolada e de ofício e à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Não cabe a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais se pronunciar a respeito de qualquer assunto antes que o faça a Turma *a quo*, sob o risco de supressão de instância que pode vir a prejudicar alguma das partes. Assim, mesmo entendendo esta turma da CSRF pelo restabelecimento dos créditos tributários principais discutidos nos presentes autos, não poderá adentrar na análise de outros pontos da lide que pendam de análise pela turma que proferiu a decisão recorrida.

Em julgado que tive sob minha relatoria prevaleceu por unanimidade o entendimento de que, em situação bastante semelhante à presente, no caso de restabelecimento da glosa cancelada no julgamento do recurso voluntário, a melhor prática consiste em devolver o processo à Turma recorrida (ou àquela que a houver substituído, caso já não exista) para novo julgamento acerca das matérias não apreciadas. Traz a emenda do Acórdão nº 9101-002.188, no trecho que interessa à discussão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Portanto, sendo restabelecidos por esta CSRF os créditos tributários de IRPJ e de CSLL então cancelados, faz-se necessária a devolução dos presentes autos à Turma *a quo* para que sejam analisadas as matérias retrocitadas, abordadas no recurso voluntário: (i)

Processo nº 16327.720728/2012-51
Acórdão n.º **9101-003.466**

CSRF-T1
Fl. 4.206

aplicação concomitante das multas isolada e de ofício; e (ii) incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Desse modo, voto no sentido de:

- DAR provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer a autuação fiscal relativa à glosa das despesas de amortização de ágio indevidamente deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes aos anos-calendário 2007 a 2010, bem como à adição dos valores indevidamente excluídos da apuração do lucro tributável no mesmo período; e

- DETERMINAR o retorno dos autos à Turma *a quo*, para prolação de nova decisão quanto aos temas abordados em sede de recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão nº 1301-002.182, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo