ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.721121/2014-50

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

Processo nº	16327.721121/2014-50
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-003.468 – 1ª Turma**
Sessão de	7 de março de 2018
Matéria	ÁGIO.
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	INDIANA SEGUROS S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. PLANEJAMENTO FISCAL.

O *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido adquirida com esse ágio pela incorporadora. Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora adquirir a participação societária na incorporada com a referida mais valia. Ademais, sobreleva-se dos citados dispositivos legais que a influência do ágio no resultado tributável pelo IRPJ só tem amparo legal se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida, momento em que o investimento adquirido com ágio torna-se extinto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EFEITOS NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. VEDAÇÃO.

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

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 Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)
Adriana Gomes Rego - Presidente

(assinado digitalmente)
Luís Flávio Neto - Relator

(assinado digitalmente)
Flávio Franco Corrêa - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente), José Eduardo Dornelas Souza (Suplente convocado para os impedimentos).

Relatório

Trata-se de recurso especiais interpostos pela **PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL** (doravante "PFN" ou "recorrente") em face do acórdão n. **1301-002.239** (doravante "acórdão *a quo*" ou "acórdão recorrido"), proferido pela então 1ª Turma Ordinária, 3ª Câmara, 1ª Seção (doravante "Turma *a quo*"), que tem interessado **INDIANA SEGUROS S.A.** (doravante "contribuinte" ou "recorrido")

O caso diz respeito à exigência de IRPJ e CSLL, acrescidos de multa de 75% e juros, pela glosa de dedução de ágio em razão da suposta ausência de observância dos requisitos legais. Conforme se observa do termo de verificação fiscal **(e-fls. 1130 e seg.):**

> "A questão a ser tratada no presente auto de infração diz respeito à validade ou invalidade da amortização, para fins tributários, do ágio oriundo da compra pela Liberty International Brasil Ltda, CNPJ: 01.367.211/0001-20 da empresa Indiana Seguros S.A, CNPJ: 61.100.145/000-59. Para tanto, foi utilizada a empresa veículo Liberty Brasil Participações Ltda, CNPJ: 10.548.053/0001-03, para receber o ativo objeto da compra e logo em seguida promover o instituto da incorporação reversa a fim de viabilizar a antecipação da amortização do

ágio utilizando os seguintes dispositivos legais: inciso III, combinado com o § 6º, inciso II do artigo 386, em detrimento do disposto no art. 391 do RIR/1999".

Vale transcrever a síntese dos fatos colhida do acórdão recorrido, *in verbis*:

l"O lançamento colheu duas infrações, descritas em detalhes no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 1.130 a 1.168. São elas: a) exclusões indevidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, a título de amortização de ágio; e b) falta de recolhimento de IRPJ e de CSLL mensais, apurados por estimativa, infração essa que deu ensejo à aplicação de multa isolada.

Os fatos, desdobrados em quatro etapas, podem ser assim descritos:

1º) Em janeiro de 2008, a pessoa jurídica Liberty International Brasil Ltda. adquiriu a empresa Indiana Seguros S/A, da seguinte forma: a) adquiriu 100% das quotas da empresa Itaberada Participações S/C Ltda., pessoa jurídica que detinha 59,95% do capital da Indiana Seguros S/A.; e b) adquiriu do Bradesco Saúde S/A 39,96% do capital da Indiana Seguros S/A.

Após tais operações, a Liberty International Brasil Ltda. passou a ser detentora de quase 100% do capital da Indiana Seguros S/A: 59,95% de forma indireta, mediante o controle da Itabera Participações S/C Ltda.; e 39,96% de forma direta, com a propriedade das ações da Indiana Seguros S/A.

O preço total, pago naquela oportunidade, foi de R$ 251.641.423,91, dos quais R$ 150.984.854,35 referentes à aquisição da Itaberaba Participações, e R$ 100.656.569,57 referentes a 39,96% dos ações da Indiana Seguros S/A.

Essas operações geraram ágio, cujo fundamento econômico foi a expectativa de rentabilidade, atestada pelo relatório de avaliação econômico-financeira, elaborado em dezembro de 2008, o qual teve como data-base 31 de janeiro do mesmo ano. A esse respeito, consta do TVF a seguinte observação:

> O relatório teve como data-base 31/01/2008, e foi elaborado para apurar o valor econômico-financeiro da Indiana para dar suporte a contabilização do ágio gerado em sua aquisição. Conforme registrado na página 12 do relatório, o valor econômico-financeiro da Indiana Seguros S/A, adotando-se a metodologia com base no fluxo de caixa descontado foi de R$ 290.721 mil. De acordo com o demonstrativo do valor apurado de ágio na compra da Indiana apresentado na resposta de 27/08/2013, Doc. 16, o valor do ágio foi de R$ 169.158.122,11, conforme demonstrado abaixo. Assim como, a justificativa de amortização do ágio foi apresentada no Doc. 26 da resposta de 27/08/2013, cuja base legal utilizada foi: art. 385, II do RIR/99 (com redação dada pelo DL no 1.598/77, artigo 20, § 2o, b), e Lei no 9.532/97, art. 7o, inciso III. (g.n.) (fl. 1.134)

2º) Em novembro de 2008, a Liberty International Brasil Ltda. constituiu a holding Liberty Brasil Participações Ltda.

3º) Em maio de 2009, deu-se a integralização do capital subscrito na Liberty Brasil Participações Ltda., no valor de R$ 5.000,00 seguido do aumento de capital para R$ 282.809.231,00.

No mesmo mês, a Liberty International Brasil Ltda. integralizou o aumento do capital social da Liberty Brasil Participações Ltda., mediante a entrega de ações da Indiana Seguros S/A, no valor de R$ 130.851.857,00 (40%), e das quotas do capital da Itaberaba Participações Ltda. (que detinha 60% do capital da Indiana Seguros S/A), no valor de R$ 151.957.374,00.

Referida operação (que consistiu em integralizar o aumento do capital social da Liberty Brasil Participações Ltda., com a entrega das ações da Indiana Seguros S/A e das quotas do capital social da Itaberaba Participações Ltda.) produziu dois efeitos: 1) transferiu para a Liberty Brasil Participações Ltda. o controle da Indiana Seguros S/A e da Itaberaba Participações Ltda.; e 2) transferiu o ágio

da Liberty International Brasil Ltda. (oriundo da aquisição da Indiana Seguros S/A) para Liberty Brasil Participações Ltda.

4º) Em novembro de 2009, ocorrem as incorporações da Liberty Brasil Participações Ltda. e da Itaberaba Participações Ltda. pela Indiana Seguros S/A. A controlada incorporou suas controladoras, concretizando a figura conhecida como "incorporação reversa".

Esses fatos levaram a Fiscalização a concluir que a Liberty Brasil Participações Ltda. não passava de mera empresa-veículo, constituída com o único propósito de viabilizar a transferência do ágio fundado em rentabilidade futura, que se encontrava no patrimônio da Liberty International Brasil Ltda., para o patrimônio da própria investida, a empresa Indiana Seguros S/A.

A Liberty Brasil Participações Ltda., durante o curto período de sua existência (dezembro de 2008 a novembro de 2009), não teria exercido nenhuma atividade empresarial, exceto a participação acionária nas empresas Indiana Seguros S/A e Itaberaba Participações Ltda. Ademais, não foi a Liberty Brasil Participações Ltda. quem originalmente desembolsou os recursos financeiros para adquirir o investimento.

Eis os argumentos da Fiscalização:

> 17 Em que pese a lei não vetar a "transferência do ágio" por meio de uma empresa veículo, esse procedimento de transferência não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da adquirente e na adquirida, diversamente do que cogita a lei. (g.n.)
>
> 18 Portanto, a utilização da via indireta (constituição de empresa veículo) teve como único objetivo contornar a restrição da legislação tributária para operacionalizar a dedução da amortização fiscal do ágio, que originalmente estava registrado na companhia que realizou o investimento.
>
> 19 Na medida em que a amortização do ágio não é incentivo fiscal, são inoponíveis ao Fisco os meios adotados pelo grupo empresarial para superar os alegados obstáculos operacionais para sua fruição. (fls. 1.148 a .1.149)
>
> Ressaltou a autoridade fiscal que, em se tratando de ágio, a regra é a não dedutibilidade das quotas de amortização. Disse que a contribuinte fora intimada a justificar o propósito negocial das operações de reorganização societária. Os esclarecimentos apresentados, entretanto, não convenceram a Fiscalização, que concluiu que, após a aquisição da Indiana Seguros S/A, o único escopo do grupo passou a ser a amortização fiscal ágio. A reorganização societária, portanto, perseguia exclusivamente esse propósito."

O acórdão *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, com o cancelamento da exigência fiscal, em decisão assim ementada :

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
>
> Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012
>
> ÁGIO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DEDUTIBILIDADE.
>
> É válida a transferência de ágio entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, podendo as quotas de amortização ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ, se o ágio, fundado na expectativa

de rentabilidade do investimento, tiver sido regularmente constituído, em operação realizada entre pessoas jurídicas independentes.
ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012
CSLL E IRPJ. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.
Quando os lançamentos de IRPJ e CSLL recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

A PFN, então, interpôs recurso especial, requerendo seja reestabelecido o lançamento fiscal **(e-fls. 1742 e seg.)**. O referido recurso foi admitido por despacho (**e-fls. 1768 e seg.)**.

O contribuinte apresentou contrarrazões **(e-fls. 1777 e seg.)**, nas quais, embora não se oponha ao conhecimento do recurso especial interposto pela PFN, requer lhe seja negado provimento, com a manutenção da decisão recorrida.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator

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

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

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

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante "**MEP**"). Por sua vez, "*ágios"* e "*deságios"* são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada

não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste[1].

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

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

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

> **Decreto-lei n. 1.598/77**
> Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e
> II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
> § 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
> § 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
> a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
> b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
> c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
> § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras *a* e *b* do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.
>
> **Avaliação do Investimento no Balanço**
> Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:
> I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.
> II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou

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

> balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;
> III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;
> IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.
> V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.[4] Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

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

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

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

2.1. A legislação do período pré-1997.

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

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

> **Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido**
> Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:
> I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
> **II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os**

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

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

> **computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real.**
> III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras *b* e *c* do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte
> IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.
> § 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.
> § 2º - Serão computados na determinação do lucro real:
> a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;
> b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

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

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

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

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

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma ***fórmula operacional básica***, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

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

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração[6];

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 subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta **deverá registrar**:
a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:
a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

[6] Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.
>
> **Art. 8º**. O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
> a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
> b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

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

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

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

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

> "11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.
> Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já conhecidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.
> Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo".

[7] AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura*, in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 714.
[8] No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. "Transferência" de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997*, in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.
[9] Note-se apenas que, no projeto de lei, o dispositivo era numerado como "8º", mas na redação aprovada foi veiculado pelo art. "7º".

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

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

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

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

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

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

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

[11] Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: "Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos

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

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

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

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

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

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

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

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada "real". Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões

períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.".

proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados adiante.

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

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

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

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;

- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;

- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);

- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

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

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

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

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

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

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

> **Código Civil**
> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.
>
> Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
> I - confissão;
> II - documento;
> III - testemunha;
> IV - presunção;
> V - perícia.
>
> Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.
> Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.
>
> **Código de Processo Civil ("antigo", Lei n. 5.869, de 11.01.1973)**
> Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

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

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

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

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

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

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

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

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA[14], observa-se que "esse preço, repita-se, pode dar-se em 'moeda' diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações".

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

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

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

(i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;

(ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

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

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.[15] A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do

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

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

ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes. [16]

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

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

O legislador se baseou no "*princípio do emparelhamento das receitas e despesas"*, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração tributária[17]. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

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

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

> **Art. 187.** A demonstração do resultado do exercício discriminará:
> (...)
> § 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:
> a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e
> b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

[16] Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.
[17] Há exceções ao princípio da competência, cabendo ao legislador ordinário optar entre este e o regime de caixa. Mas, aqui, aplica-se a regra geral do regime de competencia.
[18] Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 1038 e seg.

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

> **Art. 9º.** As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.
> § 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.
> § 2º O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é conseqüência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

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

> **Art. 9º.** O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.
> **Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.**

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que "despesas antecipadas devem ser 'guardadas' (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes."[19], o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: *a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Explorando o exemplo da DIRPF[22], com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma ***fórmula procedimental básica*** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo.* O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas

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

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

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

tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um "planejamento tributário", mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: *"opções fiscais"* ou *"economias de opção"*.

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

> - *os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ).*
>
> - *como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao "push down accounting", o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.*

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

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

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião ***(i)*** do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com ***(ii)*** o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio* e *ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com "'a realização' do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento"[23].

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO[24], quando identifica que "o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a "confusão" na mesma entidade (investidora ou investida, ou

[23] AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura*, in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.
[24] AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura*, in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento". Conclui esse professor, acertadamente, que "A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente" [25].

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

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

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

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

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

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA[26], emitidas em âmbito acadêmico:

> "Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.
> Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.
> É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimento fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida."

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

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA[28], de que "a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica." A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

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

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

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam ágios internamente, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do tributo, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente

na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ[29], nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio "se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm's length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal".

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

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de "ágio interno", é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante "válido" ou "inválido". Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA[30], "*há ágios internos e 'ágios internos'*".

4.2.2. Inexistência de "prejuízos" à Fazenda Pública decorrente das restruturações societárias realizadas.

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

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

---

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

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

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

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

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence ("*Suum Cuique Tribuere*") também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

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

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

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em restruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas ("*ágio interno"*). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501[31], tal questão foi muito bem colocada, *in verbis:*

> "Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital,

[31] CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

> revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo".

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

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

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

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

4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as "*entidades efêmeras*".

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

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

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA[32] apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

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

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

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

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com o *acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com "'a realização' do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento"[33].

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

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada "**empresa-veículo**" poderia executar a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirira.

- nos casos rotulados de "**transferência de ágio**", ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao

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

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

> direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirira.[34]

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

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

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

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.[35] classifica de "*permissão fraca*". Ensina o Professor que:

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

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

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

---

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

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

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de "*push down accounting"*. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI[36]: "Enfatiza-se: a 'empresa veículo' foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida".

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

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

> ***1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico:*** por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;
>
> ***2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado:*** por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais[37] geralmente suscitadas

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

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

para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa* e à *livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal[38]. Como observa EROS ROBERTO GRAU[39], a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR[40], trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva,* de atuação para a valorização do *trabalho humano.* A esse propósito, leciona esse professor:

> "Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado".

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).[41] Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação[42].

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio,

---

regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

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

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

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

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

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

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

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

de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.[43] TULIO ROSEMBUJ[44] observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela[45].

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU[46], nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776)* pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI[47] já apontava que: "*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas juridicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomia com la liberdad natural o moral del hombre*".

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR[48], a "intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos." Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

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

---

[43] Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.
[44] ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons. 1999, p. 57.
[45] Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.
[46] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.
[47] FERRI, Luigi. La autonomia privada. Madri : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.
[48] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois "a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada" [49]. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

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

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

> **"Empresa A":** Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;
>
> **"Empresa B":** Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);
>
> **"Empresa C":** Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a "Empresa A" estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e

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

amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a "Empresa B" quanto a empresa "C" seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

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

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

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

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO[50], leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.[51] Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO[52] sustenta que "a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto".

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

Tratando-se de ***opção fiscal*** (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá

[50] BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.
[51] BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.
[52] GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo "simplificado" ou "completo" para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

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

5. Aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

Conforme os fundamentos explicitados acima, a transferência do investimento detido direta e indiretamente por **Liberty International Brasil Ltda** em **Indiana Seguros S.A** para **Liberty Brasil Participações Ltda** em nada interfere na apuração e amortização fiscal do ágio.

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

Como se isso não bastasse, no caso dos autos, o contribuinte demonstra que a estrutura societária adotada encontrava fundamento tanto em exigências regulatórias da SUSEP como em fatores de mercado.

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

Além disso, todos os demais requisitos exigidos pela Lei n. 9.532/97 foram cumpridos pela contribuinte.

Foi cumprida a exigência do efetivo desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Foi cumprido o requisito da demonstração a expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Note-se que as oposições trazidas pela fiscalização quanto à expectativa de rentabilidade futura das empresas adquiridas e as demonstrações trazidas foram afastadas tanto pela DRJ quanto pela Turma *a quo*.

Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, "b", da Lei 9.532/97, com a absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio. Assim, foi cumprida a exigência de que a amortização do ágio apurado pela investidora se processasse contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

Vale repisar o quanto decidido pela decisão recorrida, *in verbis:*

> "É certo que a Fiscalização, em nenhum instante, pôs em dúvida a existência do ágio ou a regularidade de seu registro. O vício que deu causa à autuação estava na transferência do ágio, mediante emprego de empresa-veículo. Esse, portanto, é o objeto da controvérsia.
> A autoridade fiscal reconhece que a lei não proíbe, de forma expressa, a transferência do ágio por meio de empresa-veículo. É verdade. A lei não contém nenhum dispositivo que expressamente proíba ou autorize a transferência do ágio entre entidades empresariais do mesmo grupo econômico. A questão, pois, é saber se o silêncio da lei deve ser interpretado como uma proibição ou como autorização.
> Diante dos princípios da livre iniciativa, da liberdade contratual, da liberdade de contratar e da liberdade de organização que se confere às entidades empresariais, o correto talvez seja reconhecer que, diante do silêncio da lei, permite-se a transferência do ágio entre entidades integrantes do mesmo grupo empresarial, ainda que o seja com uso daquilo que se convencionou chamar empresa-veículo.
> A validade dessa transferência e da posterior dedutibilidade das quotas de amortização do ágio têm como pressuposto a existência e a validade do próprio

> ágio, que deve ter origem em negócio celebrado entre partes independentes, com efetivo pagamento do preço, ausência de simulação e confusão patrimonial. Ademais, o ágio deve ter por fundamento econômico a expectativa de rentabilidade do investimento adquirido. Essa estimativa de lucros futuros, por sua vez, há de estar respaldada em elementos objetivos reunidos em documento (que poderia assumir a forma de laudo) contemporâneo à transação, o qual dará suporte ao registro do ágio.
> No caso em exame, nenhum desses requisitos foi questionado pela Fiscalização, nem mesmo o laudo, que é posterior à data de aquisição da empresa Indiana Seguros S/A (janeiro de 2008), com bem anotou a PFN. A Fiscalização considerou que não havia problemas com ágio. A preocupação da autoridade fiscal foi exclusivamente com a transferência desse ágio entre duas empresas do grupo econômico.
> A transferência do ágio entre empresas do mesmo grupo, desde que não haja acréscimo do valor, deve ser considerada como um comportamento lícito, que, dentre tantos outros, pode ser adotado, inclusive como forma de economia de tributo.
> Existe ainda, no caso em tela, questionamento acerca da confusão patrimonial, que, segundo o entendimento da Fiscalização, não teria ocorrido plenamente.
> A confusão patrimonial, que é requisito para dedutibilidade das quotas de amortização do ágio, consiste na reunião, na mesma pessoa jurídica, do investimento e do ágio por rentabilidade futura. Segundo esse conceito, é irrelevante, dentro do grupo econômico, qual a pessoa jurídica que originalmente pagou o ágio. Importa verificar se o investimento (em cujo preço estava embutida a expectativa de lucros futuros) e o ágio (que é a tradução em valores monetários daquela expectativa) estão reunidos na mesma entidade empresarial. É que, em regra, a legislação prima pela simetria no tratamento tributário dispensado ao lucro e ao ágio que tenha por fundamento econômico esse lucro.
> Enquanto investimento e investidor estiverem separados, o lucro recebido por este será isento e a amortização do ágio, indedutível para fins de IRPJ e CSLL. Ao contrário, se investidor e investimento estiverem reunidos ambos na mesma pessoa jurídica (ou seja, se uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra), em decorrência de um processo de incorporação, fusão ou cisão, o lucro gerado pelo investimento se torna tributável para o investidor, e o ágio amortizado passa a ser dedutível.
> Seja num caso ou noutro, o tratamento tributário se mantém fiel ao critério de simetria: onde existe lucro tributável, o ágio correspondente há de ser dedutível; se o lucro é isento, as quotas de amortização do ágio não são passíveis de dedução da base de cálculo de IRPJ e CSLL. Nas duas situações aventadas, a questão é vista na perspectiva da empresa que detém o ágio.
> No caso concreto, o investimento é a própria empresa Indiana Seguros S/A, para a qual, em decorrência de reorganização societária, foi vertido o ágio pago na sua aquisição, caracterizando, dessa forma, a confusão patrimonial, requisito indispensável para a dedutibilidade das quotas de amortização do ágio."

Pelo exposto, voto no sentido de CONHECER e NEGAR provimento ao recurso especial da PFN.

Por restar vencido quanto ao mérito do recurso, voto também pelo retorno dos autos para a análise das questões que restaram prejudicadas quando da análise do recurso de ofício e do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Luís Flávio Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Redator designado.

Esses são os fatos que interessam ao julgamento, descritos no Termo de Verificação Fiscal:

Da compra e venda da Indiana Seguros S/A

1) conforme a Assembleia Geral Extraordinária realizada em 17/09/2007 e confirmada em 18/09/2007, o capital social de Indiana Seguros S/A (Indiana Seguros) era de R$ 79.324.555,90, integralmente subscrito e integralizado e dividido em 13.750.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, sendo 6.875.000 ações ordinárias e 6.875.000 ações preferenciais, assim distribuídas, em termos percentuais:

Ituberaba Participações Ltda - 59,95%

Cláudio Afif Domingos - 0,01%

Luciano Afif Domingos - 0,01%

Jorge Domingos Neto - 0,01%

Marcos Machuni - 0,01%

Bradesco Saúde - 39,96%

Samuel Monteiro dos Santos Júnior - 0,01%

Ivan Luiz Gotijo Júnior - 0,01%

Luiz Carlos Trabuco Cappi - 0,01%

Ricardo Saad Afonso - 0,01%

2) pelo contrato de compra e venda de 04/10/2007, Liberty International Brasil Ltda (LIB) adquiriu 40% de participação direta em Indiana Seguros, e 60% da participação indireta, pela compra de 100% das quotas de Itaberaba Participações Ltda (Ituberaba), pagando, em 09/01/2008, o preço total de R$ 251.641.423,91, sendo R$ 100.656.569,57 referente a 40% de Indiana, e R$ 150.984.854,35 referente à participação de 100% em Itaberaba;

3) como LIB adquiriu 60% da participação indireta no capital de Indiana Seguros? LIB adquiriu 21.200.000 quotas de Itaberaba, representando 100% do capital social de Itaberaba, e esta detinha 3.368.750 ações ordinárias e 4.881.250 ações preferenciais de Indiana Seguros, representando 60% do capital social de Indiana Seguros;

4) como LIB adquiriu 40% da participação direta no capital de Indiana Seguros? Bradesco Saúde S/A cedeu a LIB 3.506.250 ações ordinárias e 1.993.750 ações

preferenciais de Indiana Seguros, que representavam 40% do total de ações emitidas e em circulação;

5) conforme relatório de avaliação econômico-financeira de dezembro de 2008, elaborado por Terço Grant Thornton com base em expectativa de resultados futuros, entregue a Liberty Seguros S/A, adotando-se a metodologia do fluxo de caixa descontado, o valor econômico-financeiro de Indiana Seguros era de R$ 290.721 mil. O relatório, que teve como data-base 31/01/2008, serviu de referência para a apuração do ágio de R$ 169.158.122,11, na aquisição das ações de Indiana Seguros;

Demonstrativo do ágio: Aquisição da Indiana seguros pela Liberty Internacional Brasil Participações Ltda.

Empresas	PL	Participação da Liberty	Valor do investimento
Indiana Seguros S/A	R$ 83.173.184,51	40,00%	R$ 33.269.273,80
Itaberaba Participações	R$ 49.944.116,92	100,00%	R$ 49.944.116,92
Total	R$ 133.117.301,43		R$ 83.213.390,72

Empresas	Valor de Aquisição	Ágio da Compra	Ágio Due Diligence	Total do ágio
Indiana Seguros S/A	R$ 100.656.569,57	R$ 67.387.295,77	R$ 730.088,92	R$ 68.117.384,69
Itaberaba Participações	R$ 150.984.854,34	R$ 101.040.737,42	0	R$ 101.040.737,42
Total	R$ 251.641.423,91	R$ 168.428.033,19	R$ 730.088,92	R$ 169.158.122,11

6) em 06/11/2008, LIB e Luis Emilio Maurette constituíram Liberty Brasil Participações Ltda, com capital social de R$ 5.000,00, sendo 4.999 quotas a serem integralizadas por LIB, no valor de R$ 4.999,00, e uma quota por Luis Emílio Maurette, no valor de R$ 1,00;

7) em 25/05/2009, ocorreu a 1ª alteração do contrato social de Liberty Brasil Participações Ltda, registrada na Jucesp em 19/08/2009: Luis Emilio Maurette, retirando-se da sociedade, cedeu e transferiu sua única quota à sócia LIB, integralizando-se o capital subscrito de R$ 5.000,00, e efetuando-se um aumento de capital para R$ 282.809.231,00. A única sócia então integralizou e aumentou o capital social com 8.178.596 ações ordinárias e 1.993.750 ações preferenciais representativas do capital social de Indiana Seguros, no valor de R$ 130.851.857,00, e 54.564.999 quotas representativas do capital social de Itaberaba, no valor de R$ 151.957.374,00. No mesmo ato, a única sócia transferiu uma quota representativa do capital social da sociedade para Luis Emilio Maurette. Assim, o capital social de Liberty Brasil Participações Ltda passou a ser de R$ 282.814.231,00, com LIB possuindo 282.809.230 quotas no valor de R$ 282.814.230,00, e Luis Emilio Maurette, uma quota no valor de R$ 1,00:

Integralização do capital social em 25/05/2009.

Com a participação da Liberty Internacional Brasil nas seguintes empresas.

Empresas	AO	AP	Valor R$	Quotas
Indiana Seguros S/A	8.178.596,00	1.993.750,00	130.851.857,00	
Itaberaba Participações Ltda			151.957.374,00	54.564.999
Total			282.809.231,00	

8) os balancetes contábeis da Liberty Brasil Participações Ltda demonstram que, no período de 12/2008 a 11/2009, as únicas operações existentes e registradas foram de subscrição de capital, aumento de capital, integralização com as participações em Indiana e Itaberaba, e o registro do ágio e resultado da equivalência patrimonial. Ou seja, não houve qualquer atividade propriamente operacional no período;

Da Itaberaba Participações Ltda

9) em 09/01/2008, assinou-se a 6ª alteração do contrato social de Itaberaba para registrar que, tendo em vista o contrato de compra e venda assinado em 04/10/2007, o capital social de R$ 54.565.000,00 passou a ser detido unicamente por LIB;

10) em 09/01/2008, assinou-se a 7ª alteração do contrato social de Itaberaba para registrar a entrada do sócio Luis Emilio Maurette, com uma quota, no valor de R$ 1,00, passando LIB a possuir 54.564.999 quotas, no valor de R$ 54.564.999,00;

11) em 31/03/2009, por Ata de Reunião de Sócios, decidiu-se pelo pagamento de dividendos, no valor de R$ 4.163.590,56, à sócia LIB;

12) em 25/05/2009, ocorreu a 8ª alteração do contrato social: LIB, retirando-se da sociedade, cedeu e transferiu a totalidade de suas 54.564.999 quotas, no valor de R$ 54.564.999,00, a Liberty Brasil Participações Ltda;

13) em 16/10/2009, decidiu-se, em Ata de Reunião de sócios, pela transformação de sociedade simples limitada para sociedade empresária limitada;

14) em 30/11/2009, decidiu-se, em Ata de Reunião de Sócios, pela incorporação da sociedade por Indiana Seguros e a cessão de uma quota detida pelo sócio Luis Emilio Maurette à outra sócia, Liberty Brasil Participações Ltda;

Da incorporação reversa: Indiana Seguros incorpora Liberty Brasil Participações e Itaberaba

15) em 30/11/2009, Indiana incorporou Liberty Brasil Participações Ltda e Itaberaba. Laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil de Liberty Brasil Participações: base 30/06/2009; laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil de Itaberaba Participações: base 30/06/2009. O patrimônio líquido incorporado de Liberty Brasil Participações Ltda foi de R$ 281.346.899,29 e o patrimônio líquido incorporado de Itaberaba, R$ 50.259.650,76. A única sócia passou a ser LIB;

16) com base no LALUR, balancetes e Livro Razão apresentados por Liberty Brasil Participações Ltda, pôde-se observar que, durante o período de existência desta, ou seja, de 06/12/2008 a 30/11/2009, não houve nenhuma atividade empresarial distinta da participação acionária em Indiana e Itaberaba Participações Ltda. Vale dizer, o objetivo preponderante destas reorganizações societárias foi o de antecipar a amortização do ágio pela ocorrência de incorporação reversa, nos termos previstos no artigo 386, inciso III, do RIR/99, utilizando-se de Liberty Brasil Participações Ltda como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora (Indiana Seguros), visando ao enquadramento no artigo 386, inciso III, c/c § 6º , inciso II, do RIR/99;

17) em 30/11/2009, quando a Indiana incorporou Liberty Brasil Participações Ltda e Itaberaba, surgiu em seu ativo intangível o ágio de si mesmo, aquele contabilizado e amortizado pela própria investida, após a incorporação da empresa investidora pela investida. No entanto, a investidora incorporada, Liberty Brasil Participações Ltda, não é a que originalmente desembolsou o dinheiro para a aquisição, ou seja, a LIB;

18) a reorganização societária empreendida, após a aquisição de Indiana, teve como único objetivo a amortização fiscal do ágio, como revela o fato de que a estrutura societária ao final da reorganização é igual à da época da aquisição.

19) para fins fiscais, a regra é a indedutibilidade das amortizações do ágio, conforme o previsto no artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598/1977, atual artigo 391 do RIR/99, pois, sendo o ágio parte do custo, este somente pode influenciar o resultado quando da alienação ou baixa do investimento correspondente ao ágio, para fins de apuração do ganho ou perda de capital. Nesse momento, os valores amortizados contabilmente e controlados na parte B do LALUR podem ser excluídos do lucro líquido para apuração do lucro real, como forma de restabelecer o custo histórico do investimento alienado a qualquer título;

20) no entanto, com o advento do dispositivo da Lei nº 9532/1997, artigo 7º, a lei passou a autorizar, sob certas condições, a dedução da amortização do ágio no cômputo do resultado tributável. No contexto da criação dessa lei, ou seja, no Programa Nacional de Desestatização - PND, permitiu-se que o benefício fiscal da amortização do ágio, decorrente da aquisição das estatais, por parte das holdings, fosse aproveitado também pela empresa adquirida, por meio de incorporação às avessas ou reversa (artigo 8º da Lei n° 9.532/1997), uma vez que tal benefício só faz sentido numa empresa operacional, já que o resultado contábil de uma holding é basicamente o resultado de equivalência patrimonial dos investimentos nas pessoas jurídicas investidas , o qual é excluído do Lucro real e da base de cálculo da CSLL;

21) para a amortização do ágio gerar efeitos fiscais é necessária a extinção do investimento com ágio, ou seja, a adquirente deve incorporar ou ser incorporada pela investida. Na medida em que tal não ocorre, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1598/1977, artigo 33, atual artigo 426 do RIR/99.

Assim postos os fatos, cumpre enfatizar que a situação fática em exame deve ser apreciada, no que diz respeito ao IRPJ, sob a perspectiva dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, este último com a redação anterior à Lei nº 12.973/2013:

a) artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997:

> "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-

calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977:

"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.
>
> § 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada"

Diante de tais dispositivos normativos, depreende-se que a dedutibilidade do ágio amortizado, na apuração do lucro real, carece de amparo legal, no caso concreto, já que o ágio **não** foi suportado, com sacrifício patrimonial, pela pessoa jurídica incorporada ou pela pessoa jurídica incorporadora. Perceba-se a esse respeito que o *caput* do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 remete a dedutibilidade da amortização do ágio, fundado em expectativa de rentabilidade futura, para fins de cálculo do lucro real, à exigência de que a participação societária na pessoa jurídica incorporada tenha sido **adquirida** com esse ágio pela incorporadora. Como se pode ver, este artigo se refere ao ágio previsto no artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, e este dispositivo trata do ágio formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Já o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 permite a dedução da despesa de amortização do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, nos casos em que a pessoa jurídica incorporadora **adquirir** a participação societária na incorporada com a referida mais valia.

Sobreleva-se dos preceitos normativos supracitados - como já adiantado - que o verbo **adquirir** implica sacrifício patrimonial da incorporada ou da incorporadora. Por conseguinte, **não** se sustenta a imaginada legalidade da influência de despesa com amortização de ágio, na redução do lucro tributável pelo IRPJ, se esse mesmo ágio for obtido, pela incorporadora ou pela incorporada, mediante transferência, para aumento ou integralização de capital, de investimento **adquirido por terceiro** com a citada mais valia. Vale dizer, de outra forma, que a influência no resultado tributável pelo IRPJ, ora em foco, só tem amparo legal **se houver a confusão patrimonial entre a investidora e a investida**.

No caso concreto, coube à pessoa jurídica LIB suportar o sacrifício patrimonial pela aquisição de Indiana, comprando-a da família Afif e do Bradesco Saúde. Nessa aquisição, LIB assumiu um ágio de R$ 169 milhões que não podia aproveitar, no cálculo do lucro real, pois não era de seu interesse promover a confusão patrimonial com Indiana nem com Itaberaba. Se fosse, já teria promovido a junção de patrimônios, assim que adquiriu as

duas pessoas jurídicas (Indiana e Itaberaba). A alternativa que pareceu viável ao grupo Liberty, para o propósito de se beneficiar do ágio pago na aquisição de Indiana, foi a de constituir a empresa veículo Liberty Brasil Participações Ltda, em 06/11/2008, com capital social de R$ 5.000,00, sendo R$ 4.999,00 relativos à participação de LIB. Esta holding, seis meses depois, em 25/05/2009, aumentou o capital de Liberty Brasil Participações Ltda em R$ 282.809.231,00, integralizando-o com ações representativas do capital social de Indiana e com quotas representativas do capital de Itaberaba, para, finalmente, em 30/11/2009, ser incorporada por Indiana, que também incorporou Itaberaba na mesma data.

Nas circunstâncias comentadas, é visível que Liberty Brasil Participações Ltda exerceu a função de empresa veículo, na reorganização societária engendrada. Dessa forma, pareceu aos idealizadores do planejamento tributário que seria legítima a dedução do ágio amortizado por Indiana, depois de incorporar a empresa veículo e Itaberaba. Nesse contexto, ainda cabe ressaltar a falta de propósito negocial, na constituição de Liberty Brasil Participações Ltda, como afirmado pela Fiscalização, ao descrever que seus balancetes contábeis demonstram que, no período entre 12/2008 e 11/2009, as únicas operações existentes e registradas foram de subscrição de capital, aumento de capital, integralização com as participações em Indiana e Itaberaba, o registro do ágio e resultado da equivalência patrimonial. Ou seja, não houve qualquer atividade propriamente operacional no período.

Consigne-se, ainda, que, com a incorporação de Itaberaba e Liberty Brasil Participações Ltda por Indiana, remanesceu uma estrutura societária integrada exclusivamente por Indiana e a única participante de seu capital, LIB. Ora, esta estrutura poderia ser formada logo quando Indiana foi adquirida pelo grupo Liberty. Bastava, para isso, a incorporação de Itaberaba por LIB. Assim, manter-se-iam duas linhas de seguro - Indiana e Liberty Seguros S/A - e permaneceria existindo uma holding a controlar Indiana, sem a necessidade de se criar a empresa veículo. Entretanto, a amortização do ágio, nessa hipótese, não beneficiaria Indiana, isso sim, o almejado.

Acrescente-se ao exposto que não basta a aquisição de participação societária de terceiro independente, mediante efetivo pagamento, para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível. É preciso também, afora a existência de documento válido que certifique o fundamento econômico da mais valia, o encontro, no mesmo patrimônio, da participação societária adquirida com ágio com esse mesmo ágio.

No tocante à acusação de infração à legislação da CSLL, impõe-se salientar, antes de tudo, que o ágio pago com lastro em rentabilidade futura deve ser contabilmente amortizado ao longo do tempo, conforme orienta o *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações* da FIPECAFI[53]:

> "11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio
>
> [...]
>
> c) ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA
>
> Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

[53] Sérgio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke. São Paulo: Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FEA/USP), 7a Edição.

> Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.
>
> [...]
>
> 11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio
>
> a) CONTABILIZAÇÃO
>
> V Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura
>
> O ágio **pago** por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio**.** O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio liquido de $ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa **adquirida.** Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se **pagou o ágio** não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente). (...)" (grifei)

Portanto, o ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, na aquisição de investimento, é despesa amortizável; como tal, está sujeita à norma veiculada pelo artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995:

> "Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:
>
> [...]
>
> III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

Isso porque, como é cediço, as ações são bens móveis, conforme previsão do artigo 82 do vigente Código Civil. Nesses termos, o ágio pago sob a justificativa de rentabilidade futura, na aquisição de ações, constitui gasto que deve ser amortizado, como despesa, dentro do período pelo qual se pagou por lucros futuros. Nessas circunstâncias, tal despesa de amortização não pode afetar a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a teor do já mencionado artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/1995.

Ademais, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 instituíram regras específicas às hipóteses de fusão, cisão e incorporação que são exclusivas ao âmbito do IRPJ, como bem explicitam os incisos III e IV do *caput* do antedito artigo 7º, ao estabelecerem que as influências da amortização do ágio baseado na alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977 estão restritas à apuração do lucro real, uma vez ausente da redação de tais dispositivos da Lei nº 9.532/1997 qualquer referência à apuração da base de cálculo da CSLL.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial da PGFN para, no mérito, dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos à Turma *a quo* para julgamento das demais matérias consideradas prejudicadas pelo acórdão recorrido.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa