



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720081/2017-07
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.792 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 07 de novembro de 2023
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA
PAULISTA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PARA FINS DA CSLL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADA PARCIALMENTE.

A ausência de similitude fático-jurídica entre os casos comparados compromete a caracterização da divergência, prejudicando, nesse caso concreto, o conhecimento da matéria que trata do *segundo ágio*, cuja glosa restou mantida, além da CSLL, também para o IRPJ.

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

Ano-calendário: 2013

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. ÁGIO ISA CAPITAL. EMPRESA VEÍCULO. TRANSFERÊNCIA.

Se a autoridade fiscal acusa ser ilegítima determinada estrutura adotada pelo contribuinte, em razão de esta aparentemente ter sido adotada exclusivamente para gerar um ganho tributário, a prova de que tal estrutura é, em termos tributários, mais onerosa do que aquela verificada em face da requalificação realizada pela autoridade autuante é suficiente para elidir o lançamento efetuado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2013

ÁGIO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. LEGITIMIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE REGRA DE ADIÇÃO ESPECÍFICA.

A base de cálculo da CSLL é autônoma e legalmente delimitada por normas próprias, somente se verificando identidades com a apuração do Lucro Real quando, expressamente, assim for determinado pela legislação.

Diferentemente do Lucro Real (art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77), inexistente previsão legal para que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não sejam computadas no cálculo base de cálculo da CSLL.

Dessa forma, e considerando que a amortização contábil do ágio reduziu o lucro líquido do período, a glosa não se sustenta para fins de determinação 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 da Fazenda Nacional e conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte na matéria “*inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio*”, apenas com respeito à glosa de amortizações do Ágio ISA. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso do Contribuinte e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento ao recurso do Contribuinte e dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional. Votou pelas conclusões do voto do relator o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luciano Bernart, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Viviani Aparecida Bacchmi, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo sujeito passivo em face do Acórdão nº **1201-002.894** (fls. 3.372/3.394), assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ÁGIO. SÚMULA CARF Nº 116.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. Súmula CARF nº 116.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA VEÍCULO. INEXISTÊNCIA, IN CASU, DE TRANSFERÊNCIA DE BENEFÍCIO FISCAL.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio, mormente quando tal proceder se justificou para cumprir exigências regulatórias e nenhum benefício adicional em termos fiscais para a recorrente restou demonstrado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Conforme o disposto nos itens 1 e 4 da alínea "c" do §1º do art. 2º da Lei 7.689/88, o resultado da equivalência patrimonial deve ser neutralizado da base de cálculo da CSLL. Como a amortização do ágio integra os ajustes por equivalência patrimonial, não pode esta, por conseguinte, impactar a apuração da base de cálculo da CSLL.

Em resumo, o presente processo administrativo é decorrente de Autos de Infração que exigem IRPJ e CSLL referentes ao ano-calendário de 2013, cumulados com juros de mora e multa de ofício de 75%, em razão da glosa de despesas com amortização de ágio, que assim foi segregado pela autoridade autuante:

- a) Ágio CTEEP: registrado em 2006 pela ISA Capital do Brasil S.A. quando da aquisição do investimento na ora autuada, antes detido pelo Governo do estado de São Paulo. Em janeiro de 2008 a ISA Capital contribui as ações da CTEEP ao capital social da ISA Participações Ltda., com ágio, e no mês seguinte incorpora tal sociedade, passando a amortizar o ágio.
- b) Ágio Evrecy: registrado em 2012 quando a ora autuada adquiriu, da EDP - Energias do Brasil S/A, a totalidade das quotas representativas do capital social da Evrecy Participações Ltda., amortizado para fins fiscais sem que tivesse havido qualquer evento de incorporação entre as sociedades.

Quanto ao ágio CTEEP, a decisão recorrida deu parcial provimento ao recurso voluntário, cancelando o lançamento na parcela atinente ao IRPJ, sendo que, quanto ao ágio Evrecy, a Turma negou provimento ao recurso voluntário. Além disso, quanto à CSLL, a Turma manteve a glosa para ambos os ágios.

No seu recurso especial (fls. 3.409/3.440), a Fazenda Nacional questiona o acórdão recorrido no aspecto relacionado à validação do **ágio gerado mediante a utilização da chamada “empresa veículo”**. Alega divergência jurisprudencial com base nos *paradigmas* **9101-003.362 e 9101-002.187**.

Despacho de fls. 3.470/3.479 deu seguimento ao Apelo nos seguintes termos:

(...)

Da estrutura lógica do Acórdão recorrido

O Recorrido manifestou-se no sentido da possibilidade da amortização do ágio pelo contribuinte, desconsiderando os 2(dois) fundamentos levantados para a autuação: **1) utilização empresa veículo onde não ocorreria a efetiva confusão patrimonial entre investida e o investidor original (transferência de ágio); e 2) o laudo que dá o fundamento econômico do ágio da CTEEP seria extemporâneo.**

Da estrutura lógica encontrada no Recurso especial

O Recurso especial ataca apenas um único pilar dos 2(dois) fundamentos que sustentam o acórdão recorrido: **ausência de confusão patrimonial e consequentemente também a existência de empresa veículo.**

Porém, como a lógica do ac. recorrido sustenta o cancelamento do auto de infração pela negativa da existência cumulativa dos 2(dois) fundamentos principais e autônomos, por óbvio, que em tese questionando-se apenas um desses pilares do recorrido (ausência da confusão patrimonial), já é suficiente, por si só, para alcançar o fim almejado pelo recurso especial: reverter o cancelamento do lançamento, dado que os fundamentos utilizados no ac. recorrido são denominados “argumentos ligados” (“*linked argument*2”) ou dependentes um do outro (cumulatividade) para alcançar a sua conclusão final: cancelar o lançamento do auto de infração infirmo-se todos os seus fundamentos.

Da análise da divergência

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.**

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio com as características em comum já acima descritas, porém com conclusões diversas.

Nos acórdãos paradigmas se configura a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa “confusão patrimonial” entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição **pelo real investidor ou investidor indireto**, somente nessa situação a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, por esse raciocínio lógico, os paradigmas não admitiram a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), nem muito menos a transferência do ágio, pois senão estaria se ferindo os aspectos pessoal e material da regra matriz de incidência e, consequentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido, em um de seus fundamentos atacados, essa premissa jurídica da necessidade de “confusão patrimonial” entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que resta configurada a utilização de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo) com propósito negocial, no caso, o propósito se constituiria a partir do contexto do programa de privatização em que as operações estariam inseridas, em que as limitações de ordem societárias e regulatórias a ela impostas é que induziriam à criação da referida empresa veículo.

(...)

Portanto, a divergência jurisprudencial para esta matéria está configurada através dos 2(dois) paradigmas.

Conclusão:

Tendo em vista todo o exposto, e com base no que dispõem os arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, OPINO no sentido de DAR SEGUIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional

À consideração do Sr. Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

O sujeito passivo apresentou contrarrazões (fls. 3.727/3.802), questionando apenas o mérito do recurso especial da Fazenda Nacional.

O sujeito passivo apresentou também embargos de declaração (fls. 3.444/3.456), mas estes foram rejeitados (fls. 3.401/3.469). Abaixo segue um resumo das alegações e as respectivas respostas do Presidente de Turma:

a) Omissão: não consta no acórdão recorrido manifestação sobre o pedido de nulidade da decisão de primeiro grau, a qual deixou de apreciar a alegação contida na impugnação acerca da suposta extemporaneidade do documento que suportaria o fundamento econômico do ágio CTEEP – o despacho observa que a Turma reconheceu a omissão contida na decisão de primeiro grau quanto ao exame da questão da extemporaneidade do documento, mas deixou de declarar a sua nulidade sob o entendimento de que havia outra justificativa autônoma (também contida no termo de verificação fiscal) para sustentar a glosa das despesas do ágio CTEEP, qual seja, a impossibilidade de transferência do ágio.

b) Omissão: a Turma teria deixado de se manifestar sobre o pagamento dos valores exigidos no âmbito da infração relativa ao ágio EVRECY – o despacho observa que, em que pese haver alegado omissão, a recorrente demonstra o seu mero inconformismo frente à decisão da Turma de que a questão do pagamento, após o início da ação fiscal, dos tributos sobre o ágio EVRECY, não faz parte da lide.

c) omissão/contradição: haveria no acórdão recorrido omissão/contradição acerca dos valores do ágio EVRECY sobre os quais o contribuinte reconheceu a incidência tributária – o despacho observou que trata-se, novamente, de mero inconformismo da embargante quanto à decisão da Turma segundo à qual *"o recorrente não conseguiu demonstrar que o valor deduzido do ágio da EVRECY não é aquele encontrado no ECD"*.

d) omissão: ausência de manifestação acerca do art. 24 da LINDB – o despacho observou que *"não se tratando de matéria de ordem pública, e não havendo a embargante requerido em seu recurso voluntário a aplicação do art. 24 da LINDB, não há que se falar em omissão da Turma acerca de ponto sobre o qual deveria haver se pronunciado"*.

Na sequência interpôs o recurso especial (fls. 3.482/3.516), tendo sido este admitido parcialmente (fls. 3.875/3.890), mais especificamente no tocante à matéria ***"2. Inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio"***. Confira-se:

(...)

2) Inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio (Divergência de interpretação do art. 2º, parágrafo 1º da Lei nº 7.689/88)

Para esta matéria a Recorrente apresentou os seguintes paradigmas: Ac. nº 9101-002.310 e Ac. nº 1301-001.394, que foram assim ementadas:

Paradigma 1 – Ac nº 9101-002.310:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE. A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável.

Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Paradigma 2 - Ac. nº 1301-001.394

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE “INTIMAÇÃO ESPECÍFICA” PARA A APRESENTAÇÃO DE PROVAS. CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.

A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício.

Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO.

INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI Nº 8.981/1995. Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

A Recorrente procura demonstrar a divergência, alegando, em apertada síntese, que não haveria previsão legal para se adicionar na base da CSLL despesas de amortização ágio deduzidas indevidamente.

A matéria foi deveras prequestionada. O teor da própria ementa que bem representa o voto condutor dá conta de demonstra isso:

[...]ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2013

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

Conforme o disposto nos itens 1 e 4 da alínea "c" do §1º do art. 2º da Lei 7.689/88, o resultado da equivalência patrimonial deve ser neutralizado da base de cálculo da CSLL. Como a amortização do ágio integra os ajustes por equivalência patrimonial, não pode esta, por conseguinte, impactar a apuração da base de cálculo da CSLL.

Análise do primeiro paradigma: Ac. n.º 9101-002.310

Falta de similitude fática

Não há interpretação divergente da legislação tributária para os acórdãos confrontados, pois as situações fáticas não são assemelhadas.

(...)

Análise do segundo paradigma: Ac. n.º 1301-001.394

Diferente do anterior, trata-se de situações deveras assemelhadas, dado que versou sobre caso em que se discutia sobre o ágio **incentivado**¹ e seu reflexo na CSLL.

Dessa forma, **enquanto o recorrido** em face da conclusão que a amortização do ágio seria indedutível da base de cálculo do IRPJ, tratou a sua repercussão na base da CSLL como uma matéria reflexa, na medida em que constatou a existência de previsão legal que possibilitaria o reconhecimento também da indedutibilidade da CSLL em face da indedutibilidade do IRPJ. **De outra banda**, em sentido oposto, **o segundo paradigma** tratou a repercussão do ágio na CSLL como um tema completamente **autônomo**, aduzindo que não haveria previsão legal específica para indedutibilidade da CSLL deixando subentendido que isso independeria da sorte do lançamento do IRPJ quanto à dedutibilidade do ágio.

Por outras palavras, **enquanto o recorrido** entendeu que a tributação da CSLL deveria seguir o destino da tributação do IRPJ; De outra banda, **o paradigma** entendeu que a tributação da CSLL, em relação à amortização de ágio, deve ter tratamento próprio, em relação tributação do IRPJ.

Pelo exposto, OPINO por **ADMITIR** esta matéria, mas **apenas** através do **segundo paradigma (Ac. n.º 1301-001.394)**.

A Fazenda Nacional apresentou “memoriais” (fls. 3.898/3.904) em que apenas expressa razões para manutenção da decisão recorrida, não tendo questionado o seu seguimento.

É o relatório.

¹ No voto condutor do acórdão recorrido delimitou-se a legislação aplicada aos fatos que lá se tratou, nos seguintes termos:

"O fundamento normativo para amortização de ágio em operações de aquisição de participação acionária encontra-se no art. 20 do Decreto-Lei n.º. 1.598/77 e no art. 7º da Lei n.º. 9.532/97, com as seguintes redações".

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli - Relator

Conhecimento

Os recursos especiais são tempestivos.

Passa-se analisar o cumprimento ou não dos demais requisitos regimentais.

Recurso especial da Fazenda Nacional

O acórdão recorrido validou a amortização, para fins do IRPJ, do ágio gerado quando a ISA Capital contribuiu, ao capital social da ISA Participações, o investimento na CTEEP que ela (ISA Capital) havia adquirido do Governo do Estado de São Paulo, no contexto de processo de privatização.

O voto vencedor traz especificamente duas razões para ter validade o ágio: (i) o grupo precisou interpor “*outra empresa veículo*” por exigências regulatórias prescritas pela ANEEL e pela CVM, e (ii) essa interposição de “*uma empresa veículo a mais no processo de incorporação*” revela o descumprimento meramente formal de um benefício fiscal, sem prejuízo nem ao fisco e nem aos fins previsto na lei concessora. Veja-se:

Tem-se que o grupo de controle da recorrente, de origem colombiana, promoveu a aquisição das ações ordinárias da CTEEP por meio de uma empresa veículo denominada ISA Capital. Era esperado, conforme o previsto nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, que a CTEEP incorporasse reversamente a sua controladora ISA Capital (1ª empresa veículo) a fim de que pudesse, portanto, aproveitar o benefício fiscal da amortização do ágio pago no leilão de privatização.

Ocorre que, por exigências regulatórias prescritas pela ANEEL e pela CVM, o grupo investidor necessitou interpor outra empresa veículo, denominada ISA Participações (2ª empresa veículo). Esta empresa, ISA Participações, teve seu capital integralizado pela ISA Capital com as ações da CTEEP. A partir daqui, foram os registros contábeis da ISA Participações, 2ª empresa veículo criada, que passou a reconhecer o ágio pago na aquisição da CTEEP. Por fim, a CTEEP incorporou reversamente a ISA Participações e passou a deduzir o ágio.

No entender do i. relator, a criação desta 2ª empresa veículo não teria tido propósito negocial, dado que as exigências regulatórias poderiam ter sido satisfeitas com o saneamento financeiro da 1ª empresa veículo por seu controlador estrangeiro. Por fim, teria havido transferência do ágio e ausência da confusão patrimonial esperada entre investidora original (ISA Capital) e a investida, o que impossibilitaria o aproveitamento do benefício fiscal.

Não questiono que o benefício fiscal da amortização do ágio não possa ser transferido a terceiros. Mas me posiciono no sentido de, no caso concreto, não se poder considerar

transferência de benefício fiscal uma mera formalidade societária com fins regulatórios que não transferiu de fato o controle da CTEEP e, igualmente, nenhum efeito fiscal positivo adicional produziu para a recorrente.

O segundo ponto não expressamente abordado pelo relator, mas a meu ver implícito em seu raciocínio diz respeito à interpretação dos benefícios fiscais, que, conforme artigo 111 do CTN, deve ser literal. Não tendo o grupo de controle da recorrente cumprido literalmente os passos previstos em lei, teria, assim, perdido o aproveitamento do benefício fiscal.

Ocorre que, conforme a doutrina e entendimento expostos na jurisprudência do Poder Judiciário, o próprio artigo 111 do CTN não se interpreta literalmente, mas teleologicamente. E o fim do art. 111 não é empobrecer a aplicação do direito na interpretação dos benefícios fiscais, mas apenas impedir a sua extensão para inúmeras outras situações semanticamente distintas em face do texto legal que originariamente os concedeu.

No caso em tela, não se discute o alcance semântico dos termos do texto da lei 9.532/77, mas sim o descumprimento claro e direto de um requisito formal por parte da recorrente ao ter interposto uma empresa veículo a mais no processo de incorporação. Assim, afasto a aplicação do art. 111 do CTN para a solução da controvérsia.

A *quaestio juris*, a meu ver, trata, portanto, da possibilidade ou não de se manter um benefício fiscal quando um requisito meramente formal não é observado pelo contribuinte.

Entendo que requisitos meramente formais como este cujo descumprimento nenhum prejuízo causou nem ao fisco, nem aos fins previsto na lei concessora, podem ser relativizados na aplicação de benefícios fiscais, em especial se a causa restar justificada e se forem cumpridos todos os demais requisitos.

Pois bem. O *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-003.362**) analisou a amortização de ágio gerado na mesma operação objeto dos presentes autos, mas relativa ao ano-calendário 2008 (exercício 2009). O voto vencedor negou a possibilidade de amortização desse ágio por entender, ao contrário da decisão ora recorrida, que a pessoa jurídica investidora seria a ISA CAPITAL, e o fato de o investimento (CTEEP) ter sido transferido de maneira efêmera para a ISA PARTICIPAÇÕES não lhe confere a condição de investidora exigida pela legislação. Em suas palavras: “*a utilização da empresa ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a pessoa jurídica investidora (ISA CAPITAL) do evento de incorporação*”.

O Acórdão nº **9101-002.187**, por sua vez, também analisou a amortização de ágio originalmente gerado em processo de privatização e “transferido” para uma *holding*, mas ali a aquisição, digamos, “original” não foi feita pela *holding*, mas por um “Grupo de Controle” formado por diversas empresas, o qual primeiramente subscreveu o investimento adquirido no processo de privatização em uma *holding* (a Guaraniana), que em seguida subscreveu o capital social de uma outra *holding* (a Leicester). Pretendeu-se a amortização fiscal do ágio após a incorporação desta última, a Leicester, pela investida CELPE.

Considerando, então, que aqui o ágio foi gerado já na *holding* e isso foi considerado como relevante para que o voto condutor do acórdão recorrido tenha afirmado que não gerou “prejuízo ao fisco”, mas no caso comparado o ágio de início formou-se por um

“Grupo de Controle” formado por diversas empresas, estamos diante de situações fáticas dessemelhantes que prejudicam a caracterização do dissídio.

Ante o exposto, **conheço** do recurso especial da Fazenda Nacional apenas com base no *primeiro paradigma* (9101-003.362).

Recurso especial do sujeito passivo

O voto condutor do acórdão recorrido entendeu que o impedimento à amortização fiscal de ágio da base de cálculo da CSLL consta do artigo 2º da Lei 7.689/1988, citando voto em que se afirma “*se o ágio compõe o valor contábil do investimento e o MEP é apenas um método de avaliação do investimento; logo, é lógico que a amortização que reduz o ágio/deságio compõe "lato sensu" o resultado da avaliação do investimento pelo MEP, o qual, seja positivo ou negativo, não deve impactar a base da CSLL, conforme os itens 1 e 4 da alínea "c" do § 1º do art. 2º da Lei 7.689/1988*”.

Já o *paradigma* (Acórdão nº 1301-001.394), em sua ementa, registra que:

CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.

A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI Nº 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Como se vê, os acórdãos comparados, diante da mesma legislação tributária, realmente decidiram em sentido opostos: de um lado, a amortização do *primeiro ágio* foi glosada apenas para a CSLL; e de outro, a glosa foi afastada. Daí a caracterização de divergência especificamente em relação ao Ágio CTEEP, tendo em vista que, para o Ágio Evrecy, o IRPJ restou mantido, o que compromete a similitude fático-jurídica entre os casos comparados.

Nesses termos, o recurso especial da contribuinte deve ser conhecido parcialmente.

Mérito

Recurso especial da Fazenda Nacional

Como já se mencionou, o acórdão recorrido validou a amortização, para fins do IRPJ do ano-calendário 2013, do ágio gerado quando a ISA Capital contribuiu, ao capital social da ISA Participações, o investimento na CTEEP que ela (ISA Capital) havia adquirido do Governo do Estado de São Paulo, no contexto de processo de privatização.

O Termo de Verificação Fiscal em questão faz referência a outros procedimentos fiscais instaurados para questionar a amortização fiscal de ágio gerado na mesma operação dos presentes autos, apenas relacionado a anos calendário diferentes.

O Auto de Infração referente ao ano-calendário 2008 foi mantido por intermédio do Acórdão nº **9101-003.362**, de 18 de janeiro de 2018:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009 *[na verdade é exercício]*

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

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

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

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

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

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se

comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra, Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

Nas outras oportunidades, o auto de infração restou cancelado.

Para os anos-calendário de 2009, bem como de 2010 e 2011, esta 1ª Turma da CSRF negou provimento a recurso especial da Fazenda Nacional, respectivamente nos termos dos Acórdãos **9101-003.610** e **9101-003.609**, ambos de 5 de junho de 2018, assim ementados e decididos:

Acórdão 9101-003.610:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA. ANÁLISE PREJUDICADA.

Sendo o mérito é favorável ao contribuinte, não há que se analisar matérias preliminares, aplicando-se por analogia a exegese que se extrai do §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que determina que quando puder decidir o mérito a favor do contribuinte, a quem aproveitaria eventual declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará, nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO.

Não há restrições legais à transferência do ágio, notadamente quando havia restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa veículo.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. No mérito, (i) quanto ao ágio, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Flávio Franco Corrêa, Viviane Vidal Wagner e Rafael Vidal de Araújo, que lhe deram provimento e por unanimidade de votos, acordam em declarar prejudicado o tema da CSLL. Acordam, ainda, em declarar prejudicado por decorrência o Recurso Especial do Contribuinte (i) quanto à decadência, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Luís Flávio Neto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado) e (ii) quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, por unanimidade de votos. Votou pelas conclusões quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional e manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado). Designado para redigir o voto vencedor, quanto a perda de objeto do tema decadência, o conselheiro José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado).

Acórdão 9101-001.609:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

CONHECIMENTO. SIMILITUDE FÁTICA.

Sendo similares os fatos analisados pelo acórdão recorrido e paradigma, é conhecido o recurso especial.

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, (i) quanto ao ágio, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Flávio Franco Corrêa, Viviane Vidal Wagner e Rafael Vidal de Araújo, que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões e manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado).

Para o ano-calendário de 2012, o Auto de Infração foi cancelado com o julgamento do Acórdão nº 1201-002.728, de 20 de fevereiro de 2019, não tendo havido a interposição de recurso especial por parte da Fazenda Nacional.

Nesse contexto, e por ter sido designado Redator do voto vencedor dessa última decisão referida (**1201-002.728**), que analisou exatamente a dedutibilidade das despesas com o ágio em questão, adoto as razões lá expostas, com alguns complementos a seguir expostos, como razões de decidir contrárias à pretensão recursal.

Pois bem.

De início cumpre registrar que não há dúvidas quanto ao fundamento econômico do ágio (*expectativa de rentabilidade futura*), efetivo pagamento e operação entre partes não relacionadas. O que se discute, na verdade, é a forma de aproveitamento fiscal do ágio, a qual, ao invés de prescindir de incorporação direta entre ISA CAPITAL e CTEEP, foi implementada mediante constituição da dita “*empresa veículo*” (ISA PARTICIPAÇÃO), empresa esta que recebeu o investimento por meio de capitalização da ISA CAPITAL e, em seguida, verteu seu acervo líquido para a CTEEP mediante incorporação reversa. Finalizadas essas operações societárias, iniciou-se a dedução fiscal (1/60) relativa à amortização do ágio.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que, sob o abrigo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977², a pessoa jurídica que adquirir participação societária deverá registrar o investimento desdobrando o custo em duas subcontas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação), e

² Artigo 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 seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Note-se, aqui, que foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial* (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Quanto à amortização do ágio para fins tributários, aplicável à época dos fatos às regras dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, *in verbis*:

Artigo 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 1977³: *(grifamos)*

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;

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

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

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

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

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

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

³ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

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.

Artigo 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.

Percebe-se desses dispositivos que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na outra* ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, **ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.**

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

De fato, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 reconheceram o direito da empresa que **detém** investimento **adquirido** com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida (ou vice-versa, na incorporação reversa), deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento.

O ágio amortizável para fins fiscais é um fenômeno *tributário* que tem por origem a aquisição de participação societária por valor superior ao valor patrimonial da participação adquirida -- sendo que, por "aquisição" entende-se não apenas as operações de compra e venda de participação societária, mas também quaisquer outras transações por meio das quais uma

pessoa jurídica passa a deter investimento em outra, como as situações em que determinada sociedade recebe, em integralização de capital, participação societária em outra empresa.

O destinatário da norma de dedução do ágio, portanto, é aquele que **detém** o investimento **adquirido** com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados na aquisição das ações da investida pela *holding*.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou restringir a formação de ágio a uma única operação de aquisição, como a compra e venda, por exemplo, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito e de forma intencional até mesmo porque autorizou a incorporação reversa (cf. artigo 8º) como forma de aproveitamento fiscal.

Ora, a utilização da expressão “na qual **detenha** participação societária **adquirida com ágio**” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.

Nesse ponto, cabe pontuar que na hipótese em que um investimento adquirido com ágio seja utilizado para integralização de capital em outra sociedade, o ativo alienado (investimento + *ágio original*) é substituído pela participação na sociedade cujo capital se integralizou, alienação esta que, aos olhos da referida lei de regência, enseja a apuração de um novo ágio para a pessoa jurídica que entregou capital em montante superior ao valor patrimonial da participação societária recebida.

Como bem registrou a Conselheira Livia De Carli Germano na ementa do Acórdão nº **9101-006.363**, de sua Relatoria:

Na redação original da Lei 9.532/1997 o ágio corresponde ao resultado da operação aritmética correspondente à diferença entre o valor despendido na aquisição de uma determinada participação societária e o valor patrimonial da sociedade adquirida. Cada vez que uma participação societária é adquirida por um valor acima do valor patrimonial, a então adquirente registra “um ágio”. Não há que se falar em “transferência de ágio” nesse contexto, nem de impossibilidade de se amortizar “ágio transferido”. Tal legislação não condiciona a amortização fiscal do ágio a uma “aquisição original” no grupo.

Foi justamente o que ocorreu nesse caso concreto: a ISA Capital constitui a Isa Participações com as ações da CTEEP que foram adquiridas com ágio, o que ensejou a apuração de ágio também na ISA Participações, em razão da diferença positiva entre o valor integralizado e o valor patrimonial da CTEEP. Como resultado dessa operação a ISA Participações passou a **deter** o investimento na CTEEP, adquirido com **ágio** em operação de subscrição de capital, sendo em seguida incorporada por CTEEP (*incorporação reversa*), reunindo, assim, as condições necessárias para gozo do aproveitamento fiscal do ágio ora tratado.

Nesse contexto, a Recorrente sustenta a glosa com base no argumento de que a ISA PARTICIPACOES seria mera empresa-veículo, sendo a real adquirente a ISA CAPITAL, empresa esta que manteve total independência entre seu patrimônio e o da investida, inexistindo,

portanto, a necessária confusão patrimonial (incorporação ou fusão) entre investidor original e investida, o que comprometeria a dedução fiscal.

Esse raciocínio, porém, não tem como prevalecer ao menos por 3 (três) motivos.

Primeiro porque ele impõe restrição que não existe no texto legal, ferindo o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade. Trata-se, a bem da verdade, de tese desenvolvida pelo fisco para negar o que a lei permite, o que não se admite no ordenamento jurídico vigente.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente não é condição de dedutibilidade da amortização de ágio. A condição legal, conforme artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, é a incorporação de quem detém o investimento pela investida ou vice-versa, e não por quem ou de quem suporta o ônus econômico da aquisição.

O segundo motivo é o de que a incorporação, inclusive reversa, ainda que envolva empresa rotulada de veículo, é meramente instrumental, em nenhum momento desvirtuando da lei, que tratou, como demonstrado, apenas da absorção de patrimônio da detentora do ágio e investida como condição suficiente para a dedução.

E terceiro porque o uso de empresas veículos nesse tipo de estrutura configura conduta até mesmo induzida pelo próprio Poder Legislativo. Com efeito, a adoção de incorporação por intermédio de empresa veículo, em detrimento de incorporação direta entre investidora e investida, corresponde a uma política de tributação que foi amplamente consentida na busca de atrair investimento, mas que, somente após a Lei n. 12.973/2014, passou a ser mais rigorosa.

Trata-se a ISA PARTICIPACOES de *holding* e que, como tal, tem por objeto social a participação em outras empresas, em conformidade com o artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.404/76, que ora transcrevo:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

A duração e objeto de uma sociedade varia conforme o interesse das partes. Segundo o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil, que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

Ora, é perfeitamente normal, ou melhor, válida a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios.

A curta duração ou uma finalidade específica da empresa não constitui, por si só, nada, ainda mais nesse caso específico, no qual o ágio surgiu independentemente da utilização ou constituição da empresa considerada veículo.

Chama atenção, ainda, que nesse caso particular restou demonstrado que a incorporação da ISA CAPITAL pela Recorrente implicaria a transferência das dívidas daquela, o que, além de prejudicar os sócios minoritários, caracterizaria exercício abusivo do poder de controle, nos termos do artigo 15 da IN CVM 319/99 até então vigente e que possuía a seguinte redação:

Art. 15. Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle:

[...]

II - a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;

Não bastasse esse impedimento de ordem societária, a operação de incorporação direta ainda encontrava outro empecilho, de ordem regulatória, qual seja, a colocação em risco da capacidade financeira da Concessionária em face da transferência da dívida contraída para o pagamento do preço de aquisição.

Como bem observou a I. Conselheira Cristiane Silva Costa quando do voto proferido na CSRF por meio do Acórdão nº **9101-003.609**, que afastou a glosa desse mesmo ágio para outro período:

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam por questões societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “empresa veículo”. O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria “abuso” do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a “empresa veículo” em discussão nestes autos:

[...]

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao “investidor original”. A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho manifestado neste Colegiado a minha posição sobre a dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º, acima citados) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, dispêndio, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

Desse julgado também é digna de nota a Declaração de voto do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, que acompanhou o resultado favorável à dedução do ágio em face da comprovação de que a estrutura adotada pelo contribuinte inclusive resultou em ônus tributário superior ao que seria verificado caso a CTEEP fosse incorporada diretamente pela ISA CAPITAL. Nas suas palavras:

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

Ou seja, como ISA Capital endividou-se para fazer a aquisição do controle da Autuada, se houvesse a confusão patrimonial entre essas empresas, as despesas financeiras em questão reduziriam o lucro da Autuada. De igual forma, enquanto na operação levada a efeito o JCP pago pela Autuada foi reconhecido como receita por sua controladora no Brasil (ISA Capital), sujeitando-a ao pagamento de PIS e de Cofins³, se houvesse a confusão patrimonial essa receita seria reconhecida diretamente por sua controladora no exterior.

[...]

Logo, inexistindo vantagem tributária nas operações registradas pelo contribuinte, não há que se falar em planejamento tributário, impondo-se o cancelamento integral do crédito tributário exigido de ofício.

Nesse sentido, nenhum reparo cabe ao que restou decidido pelo Colegiado *a quo*.

Recurso especial do sujeito passivo

Da dedutibilidade de amortização de ágio da base de cálculo da CSLL

Trata-se de matéria conhecida por esta C. Câmara Superior de Recursos Fiscais e que, em Sessão de 09 de setembro de 2021 foi julgada de forma favorável ao contribuinte ao abrigo do critério de desempate previsto no artigo 19-E da Lei n 1º 10.522/2002, acrescido pelo artigo 28 da Lei nº 13.988/2020, no Acórdão nº **9101-005.733**.

E considerando que o presente Julgador acompanhou, sem ressalvas, o voto vencedor do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, adoto os fundamentos nele constantes, abaixo transcritos, como razões de decidir:

(...)

É certo que uma das maiores controvérsias sobre a instituição e a incidência da CSLL sempre foi a *proximidade* de sua base de cálculo com o Lucro Real, sobre o qual o IRPJ incide, dentro da sua mais tradicional modalidade de apuração.

Porém, principalmente após as alterações promovidas nas estruturas da *regra matriz* dessa Contribuição Social, ainda no início dos anos 1990, restou clara a preocupação do

Legislador federal em esclarecer a precisa delimitação de sua base quantitativa de incidência, assim como suas *identidades* e *disparidades* com a base tributável do IRPJ.

Em resumo, temos que, inicialmente, a Lei nº 7.689/88 instituiu em seu art. 2º que a base de cálculo da CSLL seria o *valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda*.

Logo depois, foi editada a Lei nº 8.034/90, que além de promover alterações na legislação do IRPJ, referentes a incentivos fiscais de comércio exterior e desenvolvimento regional, no seu art. 2º melhor deu *forma* e concretude à base tributável dessa nova Contribuição Social de 1988, determinado expressamente para o seu cálculo a *adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base e do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda*.

Na mesma esteira, de maneira bastante *simétrica*, também fixou-se lá, textualmente, a determinação de exclusão *do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita e do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas, não dedutíveis da determinação do lucro real, que tenham sido baixadas no curso de período-base*.

Posteriormente, inclusive já dentro de um cenário bastante amadurecido de embates judiciais, em 1995, primeiro foi editada e promulgada a Lei nº 8.981, poucos meses depois alterada pela Lei nº 9.065, que determinou no seu art. 57 que *aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei*.

Claramente, aqui vê-se uma confirmação da aproximação da dinâmica de apuração, vencimento e pagamento da CSLL e do IRPJ - mas ressalvada, expressamente, a manutenção de seus próprios critérios quantitativos, quais sejam, base de cálculo e alíquota, veiculados em legislação própria.

Ainda no mesmo ano, foi publicada a Lei nº 9.249/95, a qual, apesar de estabelecer mais *coincidências* pontuais na obtenção da bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, paradoxalmente, tratou-as, manifestamente, de forma independente, individual e autônoma, firmando que:

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:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com produção ou comercialização dos bens e serviços;

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;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.

Pois bem, clara e exaustivamente, resta certo que não existe identidade jurídica pressuposta entre o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL, pois, simplesmente, assim não determinou o Legislador no art. 2º da Lei nº 7.689/88 ou em qualquer outra regra delineadora do critério quantitativo da Contribuição Social em comento.

Além disso, mesmo considerando que ambas bases tributáveis têm na origem aritmética nos primordiais resultados contábeis percebidos pelas entidades, todos os ajustes, adições e exclusões devem ser expressamente trazidos em legislação própria, pertinente, textualmente direcionada à CSLL - ou, da mesma forma, apenas ao IRPJ. Nesse sentido, confira-se o comentário do Professor Ricardo Mariz de Oliveira⁴ sobre o tema:

Tal como com relação ao IRPJ, a base de cálculo da CSL é o lucro líquido apurado contabilmente segundo a Lei n. 6.404, de 15.12.1976, o qual funciona apenas como ponto de partida para determinação dessa base de cálculo, pois a partir dele é que são

⁴ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo : Quartier Latin, 2008. p. 976.

feitos os ajustes de acréscimos de débitos contábeis fiscalmente indedutíveis e as exclusões de créditos contábeis não tributáveis, além de outros ajustes prescritos ou autorizados pela lei tributária. (...)

Quanto aos ajustes no lucro líquido, para determinação da base de cálculo da CSL, já vimos acima que são apenas os prescritos expressamente pela respectiva legislação, de tal sorte que nem todo ajuste previsto para fins do lucro real tributável pelo IRPJ se aplica à CSL.

Quando a Lei nº 9.532/97 trouxe a regulamentação da dedução do ágio fundamentado em rentabilidade futura, não houve qualquer prescrição de seu alcance à CSLL, inclusive mencionando o art. 7º, expressamente, o termo Lucro Real. No mais, o resto da legislação relativa a esta Contribuição Social é também silente em relação a tal modalidade de dispêndio incorrido nas aquisições societárias.

Aqui podem ser erigidas diversas leituras e interpretação sobre essa ocorrência legislativa.

Existem aqueles que, partindo de uma premissa de identidade da regra geral de exclusão de despesas do IRPJ e da CSLL, consubstanciada no art. 47 da Lei nº 4.506/64, supostamente reafirmada pelo final da redação do caput do art. 13 da Lei nº 9.249/95 - e somado ao entendimento que o art. 7º da Lei nº 9.532/97 trouxe, na verdade, uma benesse ou uma exceção à regular apuração do Lucro Real - a ausência de sua extensão literal à CSLL culminaria, na verdade, em impossibilidade de dedução das despesas de ágio da monta ajustada do lucro onerada por tal Contribuição Social.

Tal entendimento encontra-se estampado no v. Acórdão nº 1402-003.858, proferido pela C. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, de relatoria do I. Conselheiro Evandro Correa Dias, publicado em 21/06/2019, onde se estabeleceu que como não há previsão legal de exclusão da despesa de amortização com ágio da base de cálculo da CSLL, ela deve ser mantida na referida base de cálculo, uma vez que a legislação em mais de uma oportunidade determina que para a apuração da base de cálculo da CSLL, deve ser observada a legislação aplicável ao IRPJ.

Alcançando conclusão semelhante, outros entendem que, com a alteração promovida pela Lei nº 8.034/95 no art. 2º da Lei nº 7.689/88, qualquer oscilação quantitativa relacionada dos valores de investimentos societários, controlados pelo Método de Equivalência Patrimonial - MEP, seria neutra para fins de apuração da CSLL. Como a própria natureza da mensuração e controle dos investimentos em que o dispêndio de ágio foi percebido se daria por meio de tal metodologia, não haveria em se falar de sua dedutibilidade *fiscal* da Contribuição Social - conforme, inclusive, consta do voto vencedor do v. Acórdão, ora recorrido.

Contudo, entende-se, *data maxima venia*, que ambos entendimento são manifestamente improcedentes, equivocados e contrariam a materialidade da *regra matriz* da CSLL - a qual está muito evidente, clara e profundamente delineada na legislação vigente - e dependem da aplicações de normas típicas e exclusivas da obtenção do Lucro Real e da desconsideração do *iter*, legalmente regulado, na obtenção da base tributável dessa Contribuição Social, para a sua *hipotética procedência*.

Nessa linha, em termos mais abstratos e em primeiro lugar, na medida que a despesa do ágio, na compra da participação societária, foi incorrida (fato não questionado agora, dado como incontroverso nessa C. Instância especial), representando dispêndio empresarial de investimento da entidade, pela sua própria natureza, a dedutibilidade é certa e está garantida, até eventual questionamento fundamentado pelo Fisco, nos termos da regra do *atual* art. 311 do RIR/18.

Mais do que isso: na manutenção dos registros contábeis e mecanismos de obtenção do *resultado*, tal rubrica, naturalmente, consta como elemento redutor.

Não sendo aplicável à CSLL a disposição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, que historicamente impedia o cômputo dos valores de ágio e deságio do Lucro Real, este prevalece na obtenção do *lucro líquido*, não existindo qualquer fundamento legal para exigir a adição desses valores de ágio amortizados contabilmente na extração da base de cálculo dessa Contribuição Socail.

Em segundo lugar, as regras para a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura, arroladas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, são *requisitos* legais apenas dirigidos à apuração do Lucro Real, que presta-se de base de cálculo apenas para o IRPJ. Repita-se: para a CSLL, o ágio é dispêndio ordinário, que constrói o *lucro*, percebido pela entidade empresarial.

Endossando tal posição, consta o seguinte do v. Acórdão nº 9101-002.310, proferido por esta mesma C. 1ª Turma da CSRF, de redatoria do I. Conselheiro Helio Eduardo de Paiva Araujo, publicado em 08/06/2016:

Ora, conforme se verifica da leitura dessas disposições - ao contrário do que afirma a decisão de primeira instância, o mencionado art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL, mas preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, da forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na mencionada Lei 7.689/88, nos termos ali então especificamente apontados.

A partir dessas considerações, verifica-se que, conforme destacado das disposições do art. 2º, parágrafo 1º, alínea 'c' da Lei 7.689/88, ali expressamente se faz referência aos específicos ajustes (exclusões e adições) a serem aplicados ao resultado do período-base, apurado a partir da aplicação das expressas disposições da legislação comercial, distinguindo a composição da base de cálculo da Contribuição em questão, assim, às regras próprias da legislação do Imposto sobre a Renda.

Assim, para admitir-se como valida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, faz-se essencial, no caso, a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estar-se-ia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito, o que, definitivamente, não tem qualquer cabimento em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha, fixando o ponto de partida do nosso pensamento sobre a matéria, as regras de dedutibilidade de despesas que sejam aplicáveis na apuração do lucro real, não podem ser estendidas, sem a necessária pré-existência de previsão legal, à apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Fixada essa premissa necessária, relevante destacar, ainda, que a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Nessa linha, portanto, penso que o que se deve exigir e verificar não é a previsão legal expressa para que seja admitida a dedução do ágio iniludivelmente pago, mas sim a inexistência de vedação para essa operacionalização, o que, no caso, efetivamente é o que se verifica em relação à CSLL.

No presente caso, uma vez que o próprio v. Acórdão recorrido, em relação à materialidade do dispêndio registrado e dos negócios que lhe deram margem, afirma que *devem ser, a eles, conferidos os efeitos que lhes são próprios, entre os quais, o de considerar legítimo o registro do ágio decorrente da diferença entre o valor pago e o*

valor patrimonial da participação acionária adquirida (não podendo haver *reformatio in pejus*), não existe fundamentos legais válidos e propriamente aplicáveis para motivar a glosa procedida.

Por fim, deve ser afastada a ótica antes adotada, de tratar tais registros, para fins de apuração da base da CSLL, exclusivamente e como mera oscilação quantitativa em *avaliação do investimento pelo MEP* - que supostamente guardariam total *neutralidade* - posto que, assim, ignora-se a ocorrência, material, do próprio dispêndio, em si considerado (conforme aceito pelo próprio I. Relator *aquo*) e, principalmente, sempre foi controlado de forma contábil de maneira *destacada, distinta e independente* do valor patrimonial do investimento adquirido, conduzindo a um reflexo fiscal muito diverso.

Nesse sentido, forçoso concluir que a dedutibilidade do ágio deve ser reconhecida ao menos na base de cálculo da CSLL.

Conclusão

Pelo exposto: **(i)** conheço do recurso especial fazendário para, no mérito, negar-lhe provimento; e **(ii)** conheço parcialmente do recurso especial do sujeito passivo para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

O Colegiado *a quo* assim decidiu no Acórdão nº 1201-002.894:

Acordam os membros do colegiado: a) em relação à dedução do ágio ISA da base de cálculo do IRPJ, em dar provimento ao recurso voluntário, por maioria, vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente), Efigênio de Freitas Júnior e Neudson Cavalcante Albuquerque (Relator), que negavam provimento; b) em relação à

dedução do ágio ISA da base de cálculo da CSLL, em negar provimento ao recurso voluntário, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Bárbara Santos Guedes (Suplente Convocado) e Alexandre Evaristo Pinto, que afastavam a glosa. c) Em relação ao ágio EVRECY, negar-lhe provimento, por unanimidade. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira

O recurso especial da PGFN teve seguimento na matéria dedutibilidade da amortização de ágio originado de operação com utilização de empresa veículo sem a confusão patrimonial exigida entre a empresa investida e a real investidora, com base nos paradigmas nº 9101-003.362 e 9101-002.187 porque, em conclusão:

Nos acórdãos paradigmas se configura a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor ou investidor indireto, somente nessa situação a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, por esse raciocínio lógico, os paradigmas não admitiram a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), nem muito menos a transferência do ágio, pois senão estaria se ferindo os aspectos pessoal e material da regra matriz de incidência e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido, em um de seus fundamentos atacados, essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que resta configurada a utilização de interposição de pessoa jurídica (empresa veículo) com propósito negocial, no caso, o propósito se constituiria a partir do contexto do programa de privatização em que as operações estariam inseridas, em que as limitações de ordem societárias e regulatórias a ela impostas é que induziriam à criação da referida empresa veículo.

Em contrarrazões, a Contribuinte requer o não conhecimento do apelo fazendário, tendo em vista a ausência de dissídio jurisprudencial apto a ensejar a interposição de recurso especial, mas não apresenta qualquer questionamento em face dos paradigmas admitidos, nem aponta fundamento do acórdão recorrido que, inatacado, pudesse ensejar a inutilidade do recurso admitido. Também não indica qualquer vício formal na demonstração da divergência jurisprudencial, e apenas adiciona, no mérito recursal, argumentos que teriam sido impropriamente deduzidos pela recorrente, para além de renovar defesa quanto a pontos que não teriam sido apreciados no acórdão recorrido, em razão do provimento parcial do recurso voluntário.

Tem-se na ementa do acórdão recorrido o fundamento central para provimento parcial do recurso voluntário: O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio, mormente quando tal proceder se justificou para cumprir exigências regulatórias e nenhum benefício adicional em termos fiscais para a recorrente restou demonstrado. O voto vencedor expressa que, considerando que o grupo de controle da recorrente, de origem colombiana, promoveu a aquisição das ações ordinárias da CTEEP por meio de uma empresa veículo denominada ISA Capital, a amortização do ágio pago no leilão de privatização seria esperada com a incorporação de ISA Capital por CTEEP, mas

exigências regulatórias de ANEEL e CVM impuseram a interposição de ISA Participações e com a incorporação desta por CTEEP o ágio passou a ser amortizado. Conclui, assim, não se poder considerar transferência de benefício fiscal uma mera formalidade societária com fins regulatórios que não transferiu de fato o controle da CTEEP e, igualmente, nenhum efeito fiscal positivo adicional produziu para a recorrente. Depois de afastar a aplicação do art. 111 do CTN, o redator adiciona que:

No caso dos autos, os demais requisitos foram atendidos e deve ser dado por justificado o descumprimento apenas deste. Isto porque não é razoável exigir de um investidor, sobretudo se estrangeiro, ao se habilitar num leilão de privatização acerca do qual se tem por certa a concessão de benefício fiscal sobre o valor pago a mais, que coteje antes todas as exigências regulatórias possíveis das demais agências para saber ao final qual a forma exata de como proceder, sob pena de poder vir a perder o benefício prometido.

Peço vênica para discordar também quanto à possibilidade, aventada pelo relator, de o grupo controlador estrangeiro poder ter saneado financeiramente a 1ª empresa-veículo, em vez de criar mais uma e proceder em seguida à reestruturação societária. Isto porque não está o contribuinte obrigado a adotar formas mais onerosas, além das previstas na lei que concede o benefício fiscal, por conta apenas de cumprir exigências regulatórias de outras agências, identificadas a posteriori.

Registre-se que o relator observou, em seu voto vencido, que a autoridade julgadora de 1ª instância não apreciou os argumentos de defesa contra as objeções fiscais ao laudo que fundamentou o ágio pago, e cogitou que *quando muito, o processo poderia retornar para a instância a quo, conforme requereu o recorrente, mas somente no caso de o outro fundamento, autônomo, não se sustentar. Antes disso, não existe a necessidade de decidir sobre a matéria.*

Em seu recurso especial, a PGFN invoca o paradigma nº 9101-003.362 que, analisando amortizações do mesmo ágio aqui tratado, expressou a conclusão de que *deveria ser mantida a autuação, uma vez que a construção artificial do suporte fático, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio, inviabiliza a concretização da hipótese de incidência da norma.* Apresenta também o paradigma nº 9101-002.187, no qual diz que, também tratando de *dedução de ágio mediante criação de empresa veículo*, concluiu-se com respeito aos aspectos regulatórios abordados também no caso da CTEEP, que *pouco importa se havia limitações para as reestruturações societárias. Se a lei não prevê a excepcionalidade da dedução daquele ágio, não há que se contorcer a lei para que a dedução seja possível.*

Embora em sua argumentação de mérito a PGFN também aponte que a dedução do ágio se deu *sem um documento hábil que demonstrasse a sua fundamentação econômica na rentabilidade futura da CTEEP*, o pedido recursal é no sentido de que o acórdão recorrido seja reformado e *restabelecida a decisão proferida pela DRJ, no quesito objeto da presente insurgência* e, como antes observado, a autoridade julgadora de 1ª instância não apreciou a defesa da Contribuinte quanto a este ponto, limitando-se a validar a autuação porque não *caracterizada confusão patrimonial entre a investidora e investida (ISA Capital e CTEEP).*

Sob esta ótica, o dissídio jurisprudencial está validamente demonstrado com base no paradigma nº 9101-003.362 que, como antes observado, analisou a mesma operação aqui em debate e, inclusive, tem seus fundamentos adotados pela autoridade julgadora de 1ª instância

para validar o presente lançamento porque não *caracterizada confusão patrimonial entre a investidora e investida (ISA Capital e CTEEP)*.

Antes de passar ao segundo paradigma, vale anotar que estes mesmos paradigmas foram rejeitados no Acórdão nº 9101-006.373, neste ponto à unanimidade⁵, mas isto porque na operação lá analisada houve interposição de pessoa jurídica para aquisição do investimento com ágio, inclusive para compra alavancada, como bem observado no voto condutor da Conselheira Livia De Carli Germano:

Percebe-se, assim, que o voto condutor do acórdão recorrido conclui ter havido confusão patrimonial após expressar o seu entendimento de que a T4U foi de fato e de direito a adquirente da Ri Happy. Ao final, afirma textualmente que “a autoridade lançadora não se manifestou sobre a compra alavancada, transação financeira que, ao meu sentir, atesta o propósito negocial da existência da T4U.”

Como se percebe, a situação de ter havido compra alavancada foi aspecto fático considerado essencial pelo voto condutor do acórdão recorrido, de maneira que apenas poderia consistir divergência jurisprudencial precedente que tivesse decidido pela inexistência de confusão patrimonial em caso ágio originado mediante operação de compra e venda alavancada, isto é, financiada pelo próprio investimento adquirido.

Analisando-se os paradigmas apresentados para esta questão, verifica-se que estes não abordam a questão fática da compra alavancada.

O acórdão 9101-002.187 (caso CELPE, 2016) traz circunstâncias fáticas diferentes e tratou, essencialmente, da possibilidade de se amortizar ágio registrado por ocasião da transferência, para empresa do grupo, de investimento já adquirido de terceiros com o registro de ágio.

Naquele caso, o ágio decorreu da aquisição da Companhia Energética de Pernambuco – CELPE por um consórcio de empresas (formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A), tendo sido assegurada à empresa 521 Participações S.A., representante dos empregados da CELPE, a reserva da aquisição de parte das ações. Posteriormente, as adquirentes transferiram o investimento à empresa Guaraniana S/A, sociedade da qual eram sócias e por meio da qual concentravam a participação societária em outras empresas concessionárias de energia elétrica, e esta, por sua vez, transferiu o investimento para outra empresa, a Leicester, também com ágio, sendo o patrimônio desta formado apenas por essas ações. A amortização do ágio foi viabilizada com a incorporação da Leicester pela CELPE.

Foi nesse contexto que o voto condutor desse paradigma trata da necessidade de “confusão patrimonial” entre investidora e investida, valendo transcrever o seguinte trecho do voto:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação “às avessas”, exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria

⁵ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

Como se percebe, a aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não é capaz de levar a alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido, seja em virtude de os precedentes tratados terem se debruçado sobre aspectos fáticos diferentes, seja porque o caso do paradigma não permite a reforma de aspecto considerado essencial pelo voto condutor do recorrido, relativamente ao papel da compra alavancada.

Assim, não conheço do recurso especial com relação ao paradigma 9101-002.187.

O segundo paradigma indicado pela Fazenda Nacional para essa questão foi o **acórdão 9101-003.362** (Caso CETEEP, 2018).

No procedimento fiscal que originou o lançamento que ali se discutiu, foi analisada operação de aquisição de participação societária, com registro de ágio, por sociedade brasileira (Isa Capital do Brasil S/A) no âmbito do programa nacional de desestatização, com posterior transferência da participação societária adquirida para uma *holding* especificamente criada para essa finalidade (Isa Participações Ltda.), via conferência de capital; e posterior incorporação desta *holding* pela investida CETEEP, fato que possibilitou o início da amortização fiscal do ágio.

Assim como no caso CELPE, toda a discussão que ali se travou foi sobre a possibilidade de se “transferir o ágio”, tendo o voto condutor desse paradigma concluído que, nesse contexto, a real adquirente era a primeira, a Isa Capital, *in verbis*:

(...)

Quanto ao aspecto pessoal, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

A pessoa jurídica investidora é a ISA CAPITAL que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da CETEEP, Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido.

Registre-se que o fato de o investimento (CETEEP) ter sido transferido de maneira efêmera para a ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA, não lhe conferem à ISA PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA condição de investidora exigida pela legislação.

É incontestável que foi a ISA CAPITAL a empresa que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do presente tópico).

A diferença entre os aspectos fáticos entre as operações faz com que os precedentes se distanciem na discussão dos respectivos aspectos jurídicos, não permitindo a

caracterização de divergência jurisprudencial. Assim, este precedente não pode ser admitido como paradigma no caso dos autos, pelas mesmas razões pelas quais se rejeitou o acórdão **acórdão 9101-002.187** (caso CELPE, 2016).

Neste sentido, **não conheço** do recurso especial da Fazenda Nacional quando à matéria (1) “**divergência quanto à amortização do ágio – inexistência de confusão patrimonial**”. (*destaques do original*)

Contudo, no presente caso, com respeito ao paradigma nº 9101-002.187, este alinhamento sob a ótica da “transferência de ágio” não é suficiente para firmar a similitude necessária para caracterização do dissídio jurisprudencial. Isto porque o voto condutor do acórdão recorrido acolhe a alegação de que a interposição da segunda empresa-veículo se deu *por exigências regulatórias prescritas pela ANEEL e pela CVM*, e assim conclui *não se poder considerar transferência de benefício fiscal uma mera formalidade societária com fins regulatórios que não transferiu de fato o controle da CTEEP e, igualmente, nenhum efeito fiscal positivo adicional produziu para a recorrente, pois era esperado, conforme o previsto nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, que a CTEEP incorporasse reversamente a sua controladora ISA Capital (1ª empresa veículo) a fim de que pudesse, portanto, aproveitar o benefício fiscal da amortização do ágio pago*.

Já o voto condutor do paradigma nº 9101-002.187 expressa genericamente objeção à possibilidade de amortização do ágio transferido para empresa veículo, nos seguintes termos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. **Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impedião a CELPE de incorporar a real investidora:** são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados. (*destacou-se*)

Ocorre que os impedimentos arguidos não eram de natureza regulatória, mas tão só de impossibilidade de incorporação entre adquirentes e adquirida, como melhor sintetizado na declaração de voto vencido do paradigma:

Note-se que a LEICESTER, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações do “Novo Grupo de Controle” (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.), por sucessão universal, passou a deter legitimamente o investimento na CELPE, cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio na operação originária de aquisição, realizada com um terceiro independente, qual seja, o Estado de Pernambuco.

O contribuinte, no caso, cumpriu adequadamente com a absorção patrimonial exigida na fórmula operacional básica prescrita pelo legislador, o que torna fora de dúvida a legitimidade do aproveitamento do ágio apurado.

Também foi cumprido, no presente caso, a exigência de que a amortização do ágio apurado pela investidora se processe contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

Aliás, a reestruturação societária implementada, com a adoção da GUARANIANA e LEICESTER, teve como um de seus objetivos justamente possibilitar o emparelhamento dos lucros obtidos pela CELPE com as despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura verificadas no momento de sua aquisição e que se encontravam escriturados nos investidores.

Ocorre que **não seria possível às entidades participantes no processo licitatório de desestatização (fundos previdenciários, bancos de investimentos) absorverem diretamente a CELPE**. Seria, do mesmo modo, impensável que a CELPE viesse a absorver as aludidas entidades.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos.

[...]

Não merece reparos o acórdão a quo, quando conclui que a reestruturação societária implementada pelo “Novo Grupo de Controle”, com a adoção das empresas GUARANIANA e LEICESTER, em nada interferiu no direito à amortização do ágio legitimamente apurado com a aquisição da CELPE.

Conclusão oposta à que chegou o acórdão recorrido não encontraria guarida no sistema jurídico. Afinal, **diante de obstáculos negociais efetivamente reconhecidos para que o “Novo Grupo de Controle” (ADL, PREVI, BB e 521) absorvessem a CELPE ou fosse absorvido por esta**, a consequência deveria ser a perda da possibilidade de aproveitamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura efetivamente suportado no processo licitatório de desestatização? (*destacou-se*)

Há evidente similitude entre os casos, diante da transferência do ágio pago para empresa-veículo em razão de óbices à integração entre adquirente original e adquirida. Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido calca sua interpretação no fato de o óbice aqui presente ser de natureza regulatória e, inclusive, refuta, nos seguintes termos, o voto vencido do relator que desmerecera esta justificativa:

Na espécie, a investidora é a empresa colombiana Interconexión, a qual providenciou a estruturação da empresa nacional ISA Capital com a finalidade de adquirir a empresa estatal nacional CTEEP. Conforme o procedimento usual das privatizações realizadas naquela época, era de se esperar que a CTEEP incorporasse a ISA Capital. Todavia, a opção do contribuinte foi interpor uma nova empresa veículo, a ISA Participações, sob o argumento de que o nível de endividamento da ISA Capital impediria a sua incorporação, conforme as normas da CVM e da ANEEL. Ademais, o contribuinte informa que a solução adotada não gerou ganho tributável, uma vez que a carga tributária sobre essa operação seria maior do que se a ISA Capital tivesse sido a empresa incorporada.

Entendo que não é possível aceitar o argumento do recorrente de que a interposição da ISA Participações surgiu da impossibilidade de a ISA Capital ser incorporada pela CTEEP, uma vez que o contribuinte tinha a opção legal, razoável e esperada de sanear a empresa ISA Capital, o que faria desaparecer as referidas barreiras regulatórias, todavia com maior ônus financeiro. Portanto, a opção adotada pelo contribuinte não teve causa determinante nas exigências dos órgãos reguladores, mas sim na vontade de não arcar com o ônus financeiro da operação que permitiria a regular dedução do ágio, o que levou à opção pela solução artificial e meramente escritural.

A decisão recorrida, assim, está fundamentada na motivação específica deste caso para a *transferência do benefício fiscal*, não sendo possível inferir se o Colegiado que editou o segundo paradigma abarcaria também esta hipótese dentre os *motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam* a investida de incorporar a real investidora, ou ser por ela incorporada, e que naquele caso se correlacionavam ao fato de serem vários os adquirentes das participações com ágio.

Constata-se, do exposto, que o acórdão recorrido está pautado em circunstância fática específica, ausente no segundo paradigma. Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in *Direito Penal*, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevralgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Em suma, não é possível afirmar que o racional do segundo paradigma reformaria o acórdão recorrido.

Estas as razões, portanto, para CONHECER do recurso especial da PGFN com base, apenas, no paradigma nº 9101-003.362.

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento na matéria *inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio*, com base no paradigma nº 1301-001.394.

Este Colegiado tem se manifestado contrariamente à caracterização de dissídios jurisprudenciais desta espécie, arguidos em face de glosas de amortização de ágio promovidas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL por inobservância do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº

9.532/97, como é exemplo o voto desta Conselheira, condutor nesta parte, no Acórdão nº 9101-006.364⁶:

Já com referência à segunda matéria admitida (“A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL”), o dissídio jurisprudencial foi reconhecido em face dos paradigmas nº 1301-001.394 e 1301-002.047.

Como visto, as amortizações de ágio foram consideradas indedutíveis por ausência de previsão legal que autorize a transferência a empresa veículo dos valores incorridos na aquisição de participação societária. No caso, *TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD*, de modo que a incorporação de ABC0011 por TERRA não satisfaz as condições expressas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Frente ao questionamento adicional da Contribuinte, no sentido de que inexistiria dispositivo legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a essa contribuição as disposições relativas ao IRPJ, o Colegiado a quo decidiu que:

Quanto a exigência da CSLL, após a vigência do art. 28 da Lei 9430/1996, “Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei”, ou seja, as mesmas normas aplicáveis ao IRPJ.

Os julgamentos do CARF tem reiterado esse entendimento, a exemplo do acórdão CSRF 01-04.686.

CSLL, aplicam-se as mesmas conclusões em relação ao lançamento principal, por decorrerem dos mesmos fatos.

DECORRÊNCIA CSLL

Em se tratando de contribuição que tem por base os mesmos fatos que ditaram o lançamento do imposto de renda, o lançamento para sua cobrança é reflexivo e, assim, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejulgado na decisão do processo decorrente.

Portanto, cabe manter a exigência da CSLL sobre a glosa da amortização do ágio em comento.

Sob esta ótica, na medida em que primeira matéria admitida deve ser conhecida, esta segunda matéria teria utilidade, apenas, para afastar a CSLL caso mantida a indedutibilidade das amortizações de ágio no âmbito do IRPJ.

Contudo, importa notar que a discussão, nestes autos, foi posta no sentido de inexistência de norma que **impeça a dedutibilidade** das amortizações de ágio na base de cálculo da CSLL. Já no paradigma nº 1301-001.394 tratava-se de **exigência de adição ao lucro líquido**, para fins de apuração da CSLL, de amortizações de ágio adicionadas para apuração do lucro real, concluindo o Colegiado do CARF, como expresso na ementa do julgado, que *a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no*

⁶ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiu neste ponto do conhecimento o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Assim, enquanto nestes autos discute-se se os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 permitiriam escriturar amortizações de ágio pago por outra pessoa jurídica e, assim, afetar a base de cálculo da CSLL, no paradigma questiona-se se uma amortização de ágio escriturada e redutora do lucro líquido contábil pode ser adicionada pela autoridade fiscal à base tributável pela CSLL, com fundamento em regra outra – art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77, incorporado ao art. 391 do RIR/99 - que determina essa adição ao lucro real, no âmbito do IRPJ.

Os cenários fático e jurídico dos acórdãos comparados são distintos.

[...]

O presente caso, porém, é peculiar: foi dado provimento ao recurso voluntário para admitir a dedução do *ágio ISA* na base de cálculo do IRPJ, mas não na base de cálculo da CSLL. Ou seja, a Contribuinte não tinha interesse de instaurar litígio para afastar a glosa de amortização do *Ágio ISA* no âmbito do IRPJ, porque o Colegiado *a quo* reconheceu esta dedutibilidade. A PGFN, de outro lado, pretende o restabelecimento das glosas no âmbito do IRPJ, aspecto que, conforme a decisão adotada, poderia adicionar fundamento para a indedutibilidade no âmbito da CSLL.

O voto do relator, condutor do acórdão recorrido na parte ora questionada, invoca fundamento de acórdão deste Conselho que, à semelhança do paradigma admitido, discutiu a extensão à CSLL da indedutibilidade de amortização de ágio, e consequente exigência de sua adição ao lucro líquido, expressa na legislação de regência do lucro real (Acórdãos nº 1301-001.893 e 9101-003.002), mas também reproduz a condução do Acórdão nº 9101-003.839 que afirma a existência de *previsão legal que determine a adição, à base de cálculo da CSLL, de despesas de amortização de ágio que sejam indedutíveis para fins de apuração do lucro real* para manter a glosa das amortizações de ágio na base de cálculo da CSLL conjuntamente com a glosa no âmbito do IRPJ. Ao final, em razão das diferentes adesões ao voto do relator, o Colegiado *a quo* admitiu a dedutibilidade das amortizações do *Ágio ISA* no lucro real, mas negou a dedução na apuração da CSLL. Veja-se, novamente:

Acordam os membros do colegiado: a) em relação à dedução do ágio ISA da base de cálculo do IRPJ, em dar provimento ao recurso voluntário, por maioria, vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente), Efigênio de Freitas Júnior e Neudson Cavalcante Albuquerque (Relator), que negavam provimento; b) em relação à dedução do ágio ISA da base de cálculo da CSLL, em negar provimento ao recurso voluntário, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Bárbara Santos Guedes (Suplente Convocado) e Alexandre Evaristo Pinto, que afastavam a glosa. c) Em relação ao ágio EVRECY, negar-lhe provimento, por unanimidade. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira.

Já o *ágio EVRECY* foi considerado indedutível tanto na base cálculo do IRPJ, como da CSLL.

A Contribuinte não arguiu, em embargos de declaração, vício neste ponto da decisão. Apenas deduziu, em recurso especial, preliminar de nulidade por alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL, vez que o lançamento exigiu *a CSLL com base na pretensa ilegitimidade das operações societárias praticadas e na natureza reflexa da CSLL em relação ao*

IRPJ, ao passo que no acórdão recorrido a exigência de CSLL foi mantida *com a indicação de nova tese jurídica*. Tal matéria, porém, não teve seguimento em exame de admissibilidade.

Diante de tais circunstâncias, os fundamentos em regra adotados por este Colegiado para negar conhecimento a recursos especiais que veiculem divergência jurisprudencial com base no paradigma nº 1301-001.394 devem ser aqui reiterados para afirmar a dessemelhança entre as premissas de decisão do recorrido e do paradigma em relação ao *Ágio Evrency*, cuja dedutibilidade foi negada tanto no âmbito do IRPJ, como da CSLL, por inobservância dos requisitos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Já com respeito ao *Ágio ISA*, integrando-se à decisão sobre a exigência da CSLL os fundamentos que validaram a dedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ, deduz-se como fundamento do acórdão recorrido que a legislação de regência da CSLL dispõe contrariamente à dedutibilidade das amortizações de ágio na base de cálculo da CSLL, de forma autônoma ao disposto em relação ao lucro real. E, sob esta ótica diferenciada do recorrido, que inclusive refere decisão em contexto fático semelhante ao paradigma admitido⁷, impõe-se reconhecer que nesta parte o dissídio jurisprudencial resta demonstrado, diante do entendimento expresso no paradigma nº 1301-001.394 de que, com respeito à amortização de ágio que reduz o lucro líquido do exercício, não há *previsão legal para que ela não seja computada na determinação da base de cálculo da Contribuição Social*.

Em suma, na medida em que o voto condutor do acórdão recorrido, com respeito às amortizações do ágio ISA, se desprende das circunstâncias fáticas específicas do caso concreto, firmando interpretação da legislação tributária que, em plano abstrato, diverge do que expresso no paradigma, a similitude fática pode ser abstraída, admitindo-se caracterizado o dissídio jurisprudencial suscitado.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial na matéria *inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização do ágio*, apenas com respeito à glosa de amortizações do *Ágio ISA*.

No mérito, a possibilidade de amortização do ágio “transferido” para empresa do mesmo grupo econômico é matéria que vinha sendo decidida pela maioria qualificada desta Turma com base em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

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

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica

⁷ Acórdão nº 9101-003.002, que reformou o acórdão nº 1301-001.893, proferido contemporaneamente ao paradigma nº 1301-001.394.

adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40

unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural⁸. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

⁸ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento

da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão⁹.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁰, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária,

⁹ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁰ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹¹ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista¹² que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na

contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em

demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹³.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional

¹³ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁴.

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

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

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

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

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

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

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI¹⁵, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

¹⁵ SCHOUERI, 2012, p. 62.

vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

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

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

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

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

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

8. Consolidação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte, formadora do ágio amortizado, foi Interconexión Eléctrica S.A E.S.P, que capitalizou Isa Capital do Brasil S/A para participação do leilão promovido pelo Estado de São Paulo e, depois, de Oferta Pública de Ações, para, ao final, deter 37,46% das ações da Contribuinte. O ágio de R\$ 806.710.702,03 subsiste, assim, existindo no patrimônio das reais investidoras depois de amortizado o ágio cuja dedutibilidade fiscal aqui se discute.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, *a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).*

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa Isa Participações do Brasil Ltda, denominada como “empresa-veículo”, posteriormente incorporada pela Contribuinte, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa Interconexión Eléctrica S.A E.S.P, e nem mesmo a interposta Isa Capital do Brasil S/A.

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa Isa Participações do Brasil Ltda (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (Interconexión Eléctrica S.A E.S.P, bem como a interposta Isa Capital do Brasil S/A) do evento de incorporação.

Quanto ao óbice regulatório, vale o que bem consignado no voto vencido do acórdão recorrido:

O recorrente justifica a interposição da ISA PARTICIPAÇÕES com o fato de a ISA CAPITAL estar consideravelmente endividada, em razão da captação de recursos no mercado financeiro, com o propósito de adquirir a CTEEP, e que a CVM e a ENEEL não permitiam a incorporação nessas condições. Dessa forma, o contribuinte viu-se obrigado a utilizar a ISA PARTICIPAÇÕES para complementar o processo de aquisição da CTEEP.

[...]

A fiscalização demonstrou que a empresa ISA Participações foi criada a partir da empresa ISA Capital e com o único propósito de ser incorporada pela CTEEP e assim possibilitar que esta amortizasse o ágio adquirido pela ISA Capital. Diante desse fato, a fiscalização concluiu que não havia propósito negocial nas mutações envolvendo a ISA Participações e glosou a dedução do ágio por parte da CTEEP.

O recorrente afirma que o propósito negocial da ISA Participações não pode ser tomado de forma isolada, mas sim em relação ao conjunto de operações que envolveram a privatização da CTEEP. Nesse contexto, em apertada síntese, afirma que a privatização foi realizada dentro dos padrões de legalidade e de procedimentos, tendo como ator principal a empresa ISA Capital. Afirma ainda que a interposição da ISA Participações foi necessária em razão da impossibilidade de a CTEEP incorporar a ISA Capital, por restrições de caráter regulatório, uma vez que esta estava com endividamento acima do que seria permitido pela CVM e pela ANEEL.

A utilização de empresa novel, efêmera e com um único e específico propósito (empresa veículo) em mutações societárias tem sido questionada desde que a lei nº 9.532/1997, nos seus artigos 7º e 8º, autorizou a antecipação da amortização do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura quando ocorre a absorção patrimonial entre adquirida e adquirente. Sendo necessária a absorção patrimonial, ou seja, o desaparecimento de uma das duas, e não sendo possível ou desejável o desaparecimento da investidora, a empresa veículo surgiu como uma solução empírica.

Esse fenômeno é claramente relacionado à política de privatizações de empresas estatais, adotada na época do advento da referida lei. Naquela ocasião, empresas estrangeiras e consórcios de empresas nacionais foram impelidas a criar empresas veículos, de forma que houvesse uma única pessoa jurídica nacional que aglutinasse o patrimônio destinado à aquisição da estatal, vindos de fontes múltiplas e/ou estrangeiras. Assim, havia uma clara distinção entre os investidores e o adquirente.

Todavia, também é certo que o mesmo artifício pode ser utilizado para criar uma situação meramente formal que, apesar de estar descolada da realidade econômica da atividade empresária, poderia ser entendida como a hipótese de aplicação da referida lei. Por exemplo, quando a alegada mutação societária apenas realiza uma reavaliação patrimonial da própria empresa, no que ficou conhecido como ágio interno.

Portanto, entendo que não é a utilização de uma empresa veículo que pode determinar, isoladamente, o descumprimento dos requisitos legais para a amortização do ágio.

Na espécie, a investidora é a empresa colombiana Interconexión, a qual providenciou a estruturação da empresa nacional ISA Capital com a finalidade de adquirir a empresa estatal nacional CTEEP. Conforme o procedimento usual das privatizações realizadas naquela época, era de se esperar que a CTEEP incorporasse a ISA Capital. Todavia, a opção do contribuinte foi interpor uma nova empresa veículo, a ISA Participações, sob o argumento de que o nível de endividamento da ISA Capital impediria a sua incorporação, conforme as normas da CVM e da ANEEL. Ademais, o contribuinte informa que a solução adotada não gerou ganho tributável, uma vez que a carga tributária sobre essa operação seria maior do que se a ISA Capital tivesse sido a empresa incorporada.

Entendo que há artificialidade na interposição da empresa ISA Participações, sob o aspecto econômico, uma vez que esta não participou do procedimento de privatização, mas apenas do procedimento de aproveitamento tributário do custo do ágio, ou seja, a sua dedução. Saliente-se que a CTEEP já era uma empresa privada, pertencente à ISA Capital, quando a ISA Participações foi criada.

Assim, a interposição da ISA Participação não possui um propósito negocial. Não há um negócio entre as três empresas envolvidas, apenas uma reorganização acionária, dentro do mesmo grupo econômico, realizado de forma instantânea, cujo único efeito é a migração contábil do registro do ágio pago.

Entendo que não é possível aceitar o argumento do recorrente de que a interposição da ISA Participações surgiu da impossibilidade de a ISA Capital ser incorporada pela CTEEP, uma vez que o contribuinte tinha a opção legal, razoável e esperada de sanear a empresa ISA Capital, o que faria desaparecer as referidas barreiras regulatórias, todavia com maior ônus financeiro. Portanto, a opção adotada pelo contribuinte não teve causa determinante nas exigências dos órgãos reguladores, mas sim na vontade de não arcar com o ônus financeiro da operação que permitiria a regular dedução do ágio, o que levou à opção pela solução artificial e meramente escritural.

Com isso, concluo que a interposição da empresa ISA Participações não possuiu propósito negocial, seja do ponto de vista local, seja do ponto de vista geral das operações societárias realizadas.

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial, inclusive na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, importa observar que a legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento.

Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 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: (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 subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento 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 investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os

computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida¹⁶. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito comercial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

Correta, assim, a glosa promovida.

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

No que se refere à exigência de CSLL, cabe esclarecer que a figura do ágio surge, em regra, no momento da aquisição do investimento, quando seu custo de aquisição é confrontado com a correspondente parcela do patrimônio líquido da investida e mostra-se superior a ela. Assim, sua formação decorre, necessariamente, da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação de investimentos. E, neste ponto, nota-se que a legislação, ao disciplinar a forma como seriam registrados os investimentos permanentes em coligadas ou controladas, não tratou especificamente daquela figura.

Originalmente, o Decreto-lei nº 2.627, de 1940, adotava apenas o custo de aquisição como regra para valoração de investimentos:

Art. 129. No fim de cada ano ou exercício social, proceder-se-á a balanço geral, para a verificação dos lucros ou prejuízos.

Parágrafo único. Feito o inventário do ativo e passivo, **a estimação do ativo obedecerá às seguintes regras:**

a) os bens, destinados à exploração do objeto social, **avaliar-se-ão pelo custo de aquisição**. Na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso ou pela ação ao tempo ou de outros fatores, atender-se-á à desvalorização respectiva, devendo ser criados fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

b) **os valores mobiliários**, matéria prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da sociedade, podem ser **estimados pelo custo de aquisição** ou de fabricação, ou pelo preço corrente no mercado ou Bolsa. Prevalecerá o critério da estimação pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço do custo. Quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição ou fabricação, se avaliados os bens pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço do custo não será levada em conta para a distribuição de dividendos, nem para as percentagens referentes aos fundos de reserva;

[...] (negrejou-se)

A Lei nº 6.404, de 1976, alterou significativamente este contexto, ao instituir a avaliação de investimentos com base no patrimônio líquido da investida. O tema foi assim abordado em sua Exposição de Motivos:

Na **avaliação**, no balanço patrimonial, de **investimento considerado relevante**, o **princípio geral do custo de aquisição**, atualizado monetariamente, não é critério adequado, porque não reflete as mutações ocorridas no patrimônio da sociedade coligada ou controlada. Daí as normas do artigo 249 que impõem, nos casos que especifica, **a avaliação com base no patrimônio líquido**. Quando esses investimentos correspondem a parcela apreciável dos recursos próprios da companhia, nem mesmo o critério de avaliação com base no patrimônio líquido é suficiente para informar acionistas e credores sobre a sua situação financeira: somente a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas, segundo as normas constantes do artigo 251, poderá proporcionar esse conhecimento.

[...]

Os critérios de avaliação do ativo (art. 184) são os da lei atual, com as seguintes inovações:

[...];

b) o custo de aquisição dos investimentos em outras sociedades deverá ser deduzido das perdas prováveis na realização do seu valor e não será modificado pelo recebimento de ações ou quotas bonificadas; mas os investimentos relevantes em coligadas e controladas deverão ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido (nº II); *(negrejou-se)*

A Lei nº 6.404, de 1976, por sua vez, estava assim redigida, em seu texto original:

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

[...]

III - os investimentos em participação no capital social de outras sociedades, ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas;

[...]

§ 2º A diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado será registrada periodicamente nas contas de:

[...]

b) amortização, quando corresponder à perda do valor do capital aplicado na aquisição de direitos da propriedade industrial ou comercial e quaisquer outros com existência ou exercício de duração limitada, ou cujo objeto sejam bens de utilização por prazo legal ou contratualmente limitado;

[...]

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:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a **diferença entre o valor do investimento**, de acordo com o número II, e o **custo de aquisição** corrigido monetariamente; somente será registrada **como resultado do exercício**:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I. *(negrejou-se)*

[...]

Art. 250. Das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas:

I - as participações de uma sociedade em outra;

II - os saldos de quaisquer contas entre as sociedades;

III - as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo permanente que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades.

[...]

§ 2º A parcela do custo de aquisição do investimento em controlada, que não for absorvida na consolidação, deverá ser mantida no ativo permanente, com dedução da provisão adequada para perdas já comprovadas, e será objeto de nota explicativa.

§ 3º O valor da participação que exceder do custo de aquisição constituirá parcela destacada dos resultados de exercícios futuros até que fique comprovada a existência de ganho efetivo.

[...] *(negrejou-se)*

Nestes termos, os investimentos avaliados pelo custo de aquisição, em determinadas circunstâncias, poderiam ser ajustados por provisão de perdas prováveis em sua realização, mas o regramento da avaliação de investimentos por equivalência patrimonial não cogitava de destaque semelhante, mas equivalente ao ágio pago na aquisição do investimento. Por sua vez, a amortização prevista em razão da *diminuição de valor dos elementos do ativo imobilizado* ficou restrita a *direitos de propriedade industrial ou comercial* ou outros bens e direitos com duração ou utilização contratual limitadas, distintos, portanto, dos investimentos permanentes em outras sociedades.

Significa dizer que o investimento avaliado por equivalência patrimonial deveria ser registrado pelo custo de aquisição e, no momento do balanço patrimonial da investidora, seria confrontado com o equivalente patrimônio líquido da investida, sendo a diferença registrada como resultado do exercício, mas somente se decorrente de resultados da investida e ganhos ou perdas efetivos, ou em razão de determinações da Comissão de Valores Mobiliários. Evidência de que o ágio permanecia integrando o custo de aquisição do investimento em tais circunstâncias são as determinações do art. 250, §§2º e 3º da Lei nº 6.404, de 1976, que revelam o tratamento a ser dado às diferenças positivas e negativas entre o custo do investimento avaliado por equivalência patrimonial e o correspondente patrimônio da investida em caso de consolidação de balanços.

Na mesma linha é a abordagem contida em edição antiga do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. 3ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 1991: pág. 248):

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

A lei das S.A., na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, através do art. 259 do RIR (Decreto nº 85.450, de 04-12-80) e na Instrução CVM nº 01, itens XX e XXV.

A subconta relativa ao ágio ou deságio deve figurar no próprio grupo de investimentos, sendo que a instrução CVM nº 01 estabelece que, para fins do Balanço Patrimonial, os saldos de ambas as contas devem estar agrupados no Ativo Permanente.

Somente com a edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 surge a primeira determinação legal para que as pessoas jurídicas submetidas à tributação pelo lucro real, sociedades anônimas ou não, promovam o desdobramento do custo de aquisição do investimento avaliado por equivalência patrimonial, destacando o ágio ou deságio correspondente e apresentando seu fundamento econômico. Neste sentido são as disposições de seu art. 20:

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.
(*negrejou-se*)

A amortização contábil do ágio, por sua vez, é implicitamente admitida no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, mas sua dedução no lucro real é postergada para o momento da alienação do investimento, nos termos do seu art. 33:

Art. 25 - O ágio ou deságio na aquisição da participação, **cujo fundamento tenha sido a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens do ativo da coligada ou controlada** (art. 20, § 2º, letra a), deverá ser amortizado no exercício social em que os bens que o justificaram forem baixados por alienação ou perecimento, ou nos exercícios sociais em que seu valor for realizado por depreciação, amortização ou exaustão.

§ 1º - A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo **somente será computada na determinação do lucro real** pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte:

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou

b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 2º - As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

[...]

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 - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

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. *(negrejou-se)*

Será, assim, a Instrução CVM nº 01, editada posteriormente, em 27/04/1978, que primeiro determinará o registro desta amortização:

Desdobramento do custo de aquisição de investimento

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI

b) ágio ou deságio na aquisição, representado pela diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial.

XXI - o ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou:

a) diferença para mais ou para menos entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil desses mesmos bens na coligada ou na controlada;

b) diferença para mais ou para menos na expectativa de rentabilidade baseada em projeção do resultado de exercícios, futuros;

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

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - O ágio ou o deságio decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

XXV - Na elaboração do balanço patrimonial da investidora ou da controladora, o saldo não amortizado do ágio ou do deságio deverá ser apresentado no ativo permanente, adicionado ou deduzido, respectivamente, da equivalência patrimonial do investimento a que se referir. A provisão para perdas deverá também ser apresentada no ativo permanente por dedução da equivalência patrimonial do investimento a que se referir. *(negrejou-se)*

Resta evidente, portanto, que a amortização contábil do ágio pago na aquisição de investimentos era apenas uma possibilidade no momento da edição do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e não estava cogitada na Lei nº 6.404, de 1976. A determinação de que ela fosse

apropriada contabilmente surge, apenas, com a manifestação da Comissão de Valores Mobiliários.

Dessa forma, é válido concluir que a Lei nº 7.689, de 1988, não cogitava dos efeitos desta amortização quando fixou o *resultado do exercício* como base de cálculo da CSLL, e determinou os ajustes pertinentes, estes evidentemente expressos em razão do que estabelecido pela Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 1º Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, **será ajustado** pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990) (*negrejou-se*)

Assim não fosse e o ato normativo da CVM estaria determinando incidência tributária, ou afastando-a. Decorre daí ser desnecessário que a Lei nº 7.689, de 1988 determinasse a adição da amortização de ágio à base de cálculo da CSLL, porque esta dedução não estaria computada no lucro contábil apurado na forma da Lei nº 6.404, de 1976.

Para além disso, embora a Lei nº 7.689, de 1988, ao instituir a CSLL, não tenha cogitado especificamente da adição, à sua base de cálculo, de amortizações de ágio que tivessem reduzido o lucro contábil, ou da exclusão de acréscimos decorrentes da amortização de deságio, referida lei, em seu art. 2º, apontou a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos.

Já no âmbito da apuração do lucro real, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, disciplinou os efeitos das amortizações de ágio e deságio, mas em razão do disposto em seu art. 34, a Lei nº 9.532, de 1997 impôs limites à amortização do ágio naqueles casos, alinhando os efeitos fiscais aos contábeis, como a seguir demonstrado.

De fato, os efeitos das amortizações de ágio e deságio, à época em que as operações foram realizadas, estavam assim disciplinados no Decreto-lei nº 1.598, de 1977:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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 - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978). (*negrejou-se*)

Dessa forma, as amortizações de ágio e deságio deveriam ser adicionadas ou excluídas na apuração do lucro real, e controladas na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR, para posteriormente compor a apuração do ganho de capital na alienação ou liquidação do investimento. Mas, segundo a Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

Nestes termos, por vislumbrar distinção entre a hipótese do inciso II do art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976, e de encerramento prevista no inciso I do mesmo dispositivo, esta hábil a ensejar a aplicação do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o legislador assim fixou na sequência deste dispositivo:

Participação Extinta em Fusão, Incorporação ou Cisão

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

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

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

Nos casos em que a incorporação, fusão ou cisão ocorre em momento próximo à aquisição do investimento com ágio, o valor contábil do investimento é sempre superior ao acervo líquido contábil que substitui as quotas/ações extintas em razão da incorporação, fusão ou cisão, ensejando perda de capital. Para que esta perda fosse dedutível, em interpretação literal do texto, necessário seria que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão fosse avaliado a preços de mercado.

De outro lado, caso atendido este requisito, qualquer ágio apurado na aquisição de investimentos, quando esta fosse seguida de incorporação da investida, ensejaria perda dedutível. A exposição de motivos da Lei nº 9.532, de 1997, expressa preocupação com circunstâncias semelhantes a esta, como a seguir transcrito:

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

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

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em visto o

desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Neste contexto, as disposições da Lei nº 9.532, de 1997, podem ser interpretadas como um instrumento para evitar a dedução do ágio apurado sem fundamento econômico, o qual deveria ser mantido em conta do ativo permanente, não sujeita a amortização, bem como uma forma de parcelar os efeitos tributários do ágio pago sob outros fundamentos:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

§ 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.

No mesmo sentido manifesta-se Luís Eduardo Schoueri, na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, Dialética: São Paulo, 2012. Depois de reportar-se à doutrina que se posiciona em sentido contrário, diz o referido autor (p. 67):

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997 deixou hialino esse instituto de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que forem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem.

Realizada a incorporação, na escrituração comercial, o acervo líquido recebido pelo valor contábil anula o investimento correspondente, avaliado pela equivalência patrimonial, e remanesce no patrimônio da sociedade resultante apenas o ágio/deságio, classificado em Ativo Diferido, quando fundamentado em rentabilidade futura, para amortização no período pelo qual ela foi projetada. Com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, a amortização do ágio com este fundamento passa a ser dedutível, na apuração do lucro tributável, no mesmo momento em que registrada contabilmente, desde que observado o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para amortização.

Quanto ao ágio fundamentado em ativos ou em outras razões econômicas, a doutrina contábil orienta em sentido semelhante ao da lei, pois no primeiro caso vincula seus efeitos no resultado à realização do ativo incorporado, e no segundo caso determina sua baixa imediata, por não ser possível associar seu pagamento a algum critério que permita dimensionar sua amortização.

Neste contexto, embora à primeira vista a Lei nº 9.532, de 1997 aparente surtir efeitos apenas ***nos balanços correspondentes à apuração de lucro real***, na medida em que esta aproximou-se, no caso de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, da apuração do lucro contábil como antes mencionado, é possível interpretar que a lei, ao valer-se daqueles termos, e não meramente firmar a dedutibilidade da amortização na apuração do lucro real, repercutiria, também, na apuração da base de cálculo da CSLL, inclusive como expresso na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004:

Subseção III

Do Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Da incorporação, fusão ou cisão

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 1º Alternativamente, a pessoa jurídica poderá registrar o ágio ou deságio a que se referem os incisos II e III do caput em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o § 1º aplica-se, também, à pessoa jurídica que tiver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I do caput, quando não tiver adquirido o bem a que corresponder o referido ágio ou deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata:

I - o inciso I do caput integrará o custo do respectivo bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

III - o inciso III do caput não será amortizado, devendo, no entanto, ser:

a) computado na determinação do custo de aquisição na apuração de ganho ou perda de capital, no caso de alienação do direito que lhe deu causa ou de sua transferência para sócio ou acionista na hipótese de devolução de capital;

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

c) computado como receita, se deságio, no encerramento das atividades da empresa.

§ 4º As quotas de depreciação, amortização ou exaustão de que trata o inciso I do § 3º serão determinadas em função do prazo restante de vida útil do bem ou de utilização do direito, ou do saldo da possança, na data em que o bem ou direito tiver sido incorporado ao patrimônio da empresa sucessora.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior do que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

§ 6º Na hipótese da alínea "b" do inciso III do § 3º, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa jurídica usuária ao pagamento da CSLL que deixou de ser recolhida, acrescida de juros de mora e multa, de mora ou de ofício, calculados de conformidade com a legislação vigente.

§ 7º O valor que servir de base de cálculo da CSLL a que se refere o § 6º poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.

§ 8º O disposto neste artigo aplica-se, também, quando:

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

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

§ 9º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese deste artigo, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica. *(negrejou-se)*

Assim, para além de a Lei nº 7.689, de 1988, ter por referência a Lei nº 6.404, de 1976, que não cogitava de amortização de ágio, e apontar para a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial, método do qual decorre o destaque de ágio e deságio em investimentos, quer em razão do disposto na Instrução Normativa SRF nº 390, de 2004, quer por interpretação dos termos da Lei nº 9.532, de 1997 no contexto em que foi editada, e mesmo em consequência da apuração contábil, a base de cálculo da CSLL necessariamente resta indevidamente afetada pela amortização do ágio aqui em comento.

Não se vislumbra, dessa forma, qualquer especificidade que possa ensejar um resultado diferenciado para a apuração da base de cálculo da CSLL decorrente da glosa de amortização do ágio que, transferido da adquirente original para empresa veículo, passou a reduzir as bases tributáveis da autuada após a reorganização societária em comento.

Por tais razões, na medida em que esta Conselheira deu provimento ao recurso especial da PGFN para restabelecer as glosas do *Ágio ISA* na apuração do lucro real, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte para manter esta glosa também na base de cálculo da CSLL.

Esclareça-se, ainda, que a Contribuinte argui, em contrarrazões, que em caso de provimento do recurso especial fazendário, os autos devem ser devolvidos à instância inferior para apreciação dos argumentos assim intitulados:

II.3.A. Erro de direito - Motivação inválida para desconsiderar a reorganização societária levada a cabo pela Recorrida - Nulidade do Auto de Infração

II.3.B. Decadência do direito de o Fisco questionar a reestruturação societária efetuada pela Recorrida

II.3.C. Aplicabilidade do art. 24 da LINDB ao presente caso

II.3.D. Subsidiariamente: A ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa

Inicialmente observe-se que os itens II.3.B, II.3.C e II.3.D são objeto de súmula, e assim o retorno seria desnecessário pra apreciação e necessária rejeição destes argumentos. Para além disso, os itens II.3.A, II.3.B e II.3.D estão expressamente refutados no acórdão recorrido. E isto porque o relator foi parcialmente vencedor, tanto em relação às amortizações do *Ágio Evrecy*, como em relação aos efeitos, na base de cálculo da CSLL, do *Ágio ISA*, e, assim, todos os argumentos referidos já foram enfrentados pelo Colegiado *a quo*, e poderiam ter sido confrontados em recurso especial passível de ser admitido adesivamente ao recurso fazendário. Por fim, note-se que a arguição acerca do art. 24 da LINDB foi trazida, apenas, em embargos de

declaração e o vício de omissão foi rejeitado porque, *não se tratando de matéria de ordem pública, e não havendo a embargante requerido em seu recurso voluntário a aplicação do art. 24 da LINDB, não há que se falar em omissão da Turma acerca de ponto sobre o qual deveria haver se pronunciado.*

Assim, o retorno seria desnecessário, vez que não há argumentos remanescentes a serem apreciados com o restabelecimento da parcela exonerada pelo Colegiado *a quo*.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa