



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

Processo n° 16561.720117/2013-11
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.366 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2018
Matéria ÁGIO - EMPRESAS VEÍCULO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe negaram provimento. Por unanimidade de votos, acordam em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra – Relator

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional contra decisão constante do Acórdão nº 1201-001.554, onde se analisou a legitimidade do lançamento do IRPJ e CSLL e multas de 150% e isolada, consumado por entender a fiscalização ser indedutível das bases dos referidos tributos a amortização fiscal do ágio gerado em operação de aquisição de participação societária de terceiros, através da constituição de empresas chamadas "veículo".

No procedimento fiscal foram analisadas aquisições de participações societárias, por empresas do grupo da Contribuinte em questão de terceiros independentes, e a posterior incorporação das sociedades investidoras pela sociedade adquirida.

Conforme o TVF foi fiscalizada a aquisição, com ágio de rentabilidade futura, em duas etapas, pela empresa SÉ SUPERMERCADOS LTDA (SÉ), controlada direta da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), de parcela patrimonial relacionada às atividades de atacado e varejo então pertencente a ASSAÍ COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA (ASSAÍ).

Para execução da 1ª etapa do negócio, no ano de 2007, foram realizadas as seguintes reorganizações societárias:

(i) cisão parcial da ASSAÍ, com incorporação da parcela cindida pela contribuinte em questão (BARCELONA - na época controlada pelos acionistas da ASSAÍ);

(ii) venda de 60% da participação societária com ágio da BARCELONA para empresa holding do grupo SÉ/CBD, aqui chamada apenas de SEVILHA;

(iii) incorporação da SEVILHA pela BARCELONA, em 2008, permitindo a dedutibilidade fiscal do ágio pago.

Para execução da 2ª etapa do negócio, em meados de 2009, outra sociedade controlada pela SÉ, denominada NERANO, adquire, com ágio, os 40% restantes de participação na BARCELONA, sendo por ela incorporada em 2010, viabilizando a amortização fiscal do ágio.

No entendimento da fiscalização o real adquirente das participações societárias foi a empresa SÉ.

Segundo a fiscalização, procedendo a uma série de reestruturações societárias dotadas apenas de atos formais, desprovidos de racionalidade econômica, a SÉ permaneceu com seu investimento em BARCELONA e constituiu na contabilidade desta um ágio passível de amortização fiscal.

Para a fiscalização o único fim de todas as manobras societárias era a utilização de tratamento fiscal de redução da carga tributária da BARCELONA.

Como não ocorreu a operação de incorporação/fusão/cisão entre SÉ e BARCELONA, compreendeu a fiscalização que foi engendrado artifício jurídico de interpor empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, efêmeras, sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição ou aumento das participações existentes, com ágio, para logo em seguida serem estas incorporadas pela BARCELONA e devolver as ações para a SÉ.

Compreendeu a fiscalização que as operações realizadas, apesar de formalmente lícitas, são desprovida de substância essencial ao negócio, vez que a vontade expressa materialmente não corresponde à subjetivamente acordada entre as partes. Na verdade, tratam-se de atos intrinsecamente vazios, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária.

Com essa argumentação motivou-se o auto de infração para a glosa das amortizações de ágio.

Para qualificar a multa a fiscalização entendeu estar presente nos fatos narrados a fraude trazida no artigo 72, 72 e 73 da Lei 4.502/64.

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

A Turma a quo, ao analisar o Recurso Voluntário do Contribuinte, entendeu que o simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.

Vale a transcrição da ementa da referida decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte.

Uma vez norteado o permissivo legal para a amortização do ágio contido no art. 7º da Lei 9532/97 ou art. 386 do RIR/99 e, de fato concretizada a confusão patrimonial que reúne as despesas de amortização fiscal do ágio e os lucros que motivaram o pagamento do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura, possibilitando o emparelhamento de receitas e despesas, torna-se legal a amortização do ágio.

Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador.

Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário e, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Ofício. Vencido o Conselheiro José Carlos, que negava provimento ao Recurso Voluntário. Declarou-se impedido o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresentou Recurso Especial de divergência, objetivando discutir dedutibilidade do ágio aproveitado através de empresas veículo.

O Recurso da Fazenda foi integralmente conhecido pelo despacho de admissibilidade.

Em suas razões, alega a Fazenda, em suma:

- ✓ Que a interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 autoriza a dedução do ágio somente quando ocorre a “confusão patrimonial” entre investida e a sua real investidora;
- ✓ Não é porque houve uma aquisição societária válida, que o ágio registrado necessariamente é dedutível;
- ✓ Não basta a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária de terceiro independente, e mediante efetivo pagamento, para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível. Se assim fosse, a Lei nº 9.532/1997 não teria razão de existir. Como será visto, para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais. Dentre esses requisitos, além do documento que ateste o seu fundamento econômico, há a necessária presunção de perda do investimento adquirido;
- ✓ Em face, portanto, dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”;
- ✓ Para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o investimento que adquiriu;
- ✓ Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. Vê-se que o verbo “adquirir” é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver adquirido outra, incorporá-la ou for por ela incorporada;
- ✓ Desta feita, ao contrário do decidido no acórdão recorrido, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza;

- ✓ Deve-se lembrar que a dedutibilidade do ágio traduz uma renúncia de receita ao Estado. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva, segundo a qual ela expressamente reconhece a dedutibilidade do ágio somente com relação à empresa que adquire outra mediante o pagamento de ágio, e não com relação a uma empresa que recebe outra a fim de que o ágio seja transferido;
- ✓ Portanto, no caso de uma incorporação, por exemplo, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa;
- ✓ Nesse contexto requer a Fazenda Nacional o conhecimento e o provimento do seu Recurso, restabelecendo o lançamento, bem como o retorno dos autos à Turma a quo para prolação de nova decisão quanto à multa qualificada.

Regularmente intimado da decisão e do Recurso da Fazenda, o Contribuinte apresentou contrarrazões, alegando, em suma:

- ✓ O não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional, dada a ausência de similitude fática;
- ✓ Que a utilização de holdings é uma opção legal concedida aos contribuintes para a realização do negócio;
- ✓ Que as sociedades incorporadas tiveram propósito negocial;
- ✓ Que a incorporação reversa é legal e induzida pela Lei

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

CONHECIMENTO

Diante do questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda pelo Contribuinte, faz-se importante sua análise.

Para fins de conhecimento do Recurso especial, a legislação exige a similitude fática e a divergência de interpretação das normas jurídicas.

O primeiro acórdão paradigma trazido pela Fazenda, analisou a seguinte situação fática:

- em 30/07/2004, a empresa RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens Ltda adquiriu 100% do capital social da MINOG PARTICIPAÇÕES, no valor de R\$ 100,00;
- em seguida, na mesma data, a MINOG PARTICIPAÇÕES teve alterada sua razão social para MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES;
- em 12/08/2004, a empresa RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens Ltda aumentou o capital social da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA de R\$ 100,00 para R\$ 199.823.629,00, (...);
- também em 12/08/2004, foi assinado o contrato referente à compra das ações da TILIBRA S/A Produtos de Papelaria, pertencentes a 18 pessoas físicas da família Coube, no valor total de R\$ 217.350.000,00, que foram adquiridas documentalmente pela empresa MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES; (...);
- em 29/10/2004, a empresa RIGESA, Celulose, Papel e Embalagens Ltda aumentou o capital social da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA de R\$ 199.823.629,00 para R\$ 214.701.483,00, (...);
- em 30/10/2004, ocorreu a operação societária de incorporação reversa, de forma que a TILIBRA incorporou a MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES (que foi sua controladora por pouco mais de 2 meses), o que implicou a extinção da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES, e a contabilização do ágio (decorrente da aquisição da TILIBRA) no ativo da própria TILIBRA.

Como se pode ver, as situações fáticas analisadas no presente caso e no paradigma em questão são deveras semelhantes. Em ambos houve a criação e utilização de empresas que realizaram a aquisição de participação societária com ágio e, posteriormente, foram incorporadas pela sociedade adquirida de terceiros.

Em ambos casos a fiscalização questionou a dedutibilidade da amortização do ágio pela utilização de empresa veículo, sem propósito negocial. É o que se depreende do seguinte trecho do acórdão paradigma:

- O presente caso não demanda da fiscalização maiores esforços para provar a falta de propósito negocial das operações societárias em pauta, uma vez que há farta documentação comprobatória da existência apenas formal da empresa veículo MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES, e o próprio fiscalizado delineou com clareza as etapas do planejamento tributário abusivo que levou a cabo.
- Evidentemente, a aquisição da TILIBRA pela RIGESA possuiu propósito negocial e razões estratégicas de mercado. Não é disso

que se trata. O que não possuiu propósito negocial nem substância econômica foi a aquisição da MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES (originalmente MINOG) por R\$ 100,00, pela RIGESA, e todos os atos societários subsequentes que conduziram à aparência de que o investidor seria a MEADWESTVACO BRASIL PARTICIPAÇÕES, e que este investidor teria sido em seguida incorporado por sua investida (TILIBRA), de forma que o ágio decorrente da aquisição das ações da TILIBRA seria dedutível, uma vez que teria ocorrido a hipótese do artigo 386, parágrafo 6º, inciso II do RIR: a incorporação do investidor pela investida.

Portanto, presente o requisito da similitude fática.

Alega o contribuinte, entretanto, ausência de similitude fática.

Aduz que a despeito do acórdão recorrido reconhecer, expressamente a existência de propósito negocial na reorganização societária ora em análise, o despacho de admissibilidade fundamenta que a Turma a quo entendeu que não houve razões extratributárias e, ainda assim, declarou a legalidade da amortização do ágio.

Diz o contribuinte que o despacho de admissibilidade não aplicou bem o direito ao reconhecer a divergência, pois o teria feito com base em um obiter dictum contido no acórdão recorrido, já que ali se reconheceu o propósito negocial na operação.

Entendo que não cabe razão ao contribuinte. Como visto, os fatos e o lançamento descritos no acórdão paradigma são deveras semelhantes ao presente caso. Além disso, a decisão proferida em no paradigma é em sentido oposto àquela proferida nos presentes autos, mantendo o lançamento.

Assim, voto no sentido de que deve ser conhecido o Recurso da Fazenda.

MÉRITO

POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO EM OPERAÇÕES COM EMPRESA VEÍCULO

No entender da fiscalização a grande razão a justificar a invalidação da amortização fiscal do ágio realizada pelo Contribuinte em questão foi a ausência de propósito negocial na criação de empresa holding, cujo único objetivo de nascimento foi de servir como meio para cumprimento de requisito legal para aproveitamento fiscal do ágio, mediante incorporação de sociedades.

Penso que não assiste razão à fiscalização nessa interpretação dos fatos e das normas em análise.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito negocial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito negocial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer

operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países da *common law*.

Um exemplo clássico que entendo que essa doutrina deve ser reavaliada é no caso de operações societárias que admitem a utilização fiscal do ágio.

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

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-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.

Referida Lei veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o de incentivar a aquisição de empresas públicas e sociedades de economia mista pelos investidores privados.

Logo, no cálculo do retorno de seu investimento, no âmbito de sua análise de viabilidade, os investidores já contavam com o benefício fiscal.

E nesse contexto, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que incentivou as operações de aquisições de empresas públicas, bem como as aquisições de participações em âmbito privado, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

E é aí que a teoria do propósito comercial deve ser vista sobre outro ângulo, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Ora, excluir a possibilidade dessas pessoas e possibilitar outras a terem benefício fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que se utilizaram de sociedades *holdings*, que lhes permitia organizar a etapa pré aquisição, bem como posteriormente se valer do incentivo de amortização fiscal do ágio. Tais sociedades foram informalmente denominadas "empresas veículo".

Mas a questão que se põe é: a criação de empresas *holdings* para organização de investimentos e utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é lícita a economia fiscal mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Em minha concepção, mesmo dentro da teoria do propósito comercial a economia de tributos é permitida, desde que realizada mediante atos e negócios lícitos. E para mim não há qualquer ilicitude em se criar uma sociedade, efetuar sua capitalização, adquirir participação societária de terceiros e, posteriormente realizar as operações societárias induzidas pela lei para se obter a economia de tributos.

Economia de tributos é sim algo legitimamente objetivado pelos empresários, que buscam a maximização de lucros em seus negócios, desde que obtida mediante atos e negócios lícitos. O negócio jurídico pretendido, qual seja a aquisição de participação societária de fato ocorreu, ou seja, não há que se falar em simulação, seja ela absoluta, seja ela relativa.

Alie-se a isso o fato de que não há dissimulação no presente caso, isso porque se a operação houvesse sido realizada diretamente pela SÉ houvesse adquirido diretamente o

investimento e incorporasse ou fosse incorporada pela adquirida, o direito à amortização seria garantido. Portanto, ao se alegar que houve dissimulação, o ato dissimulado daria o direito à amortização do ágio.

Sobre a legitimidade da utilização de "empresas veículos" para fins de amortização de ágio, sábias foram as palavras do Conselheiro Marcelo Cuba Netto, proferidas no acórdão 1201-001.267, que abaixo tomo a liberdade de transcrever:

São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial.

Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 120100.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para a qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Mas não é só.

Ainda que não se entenda que a economia de tributos é suficiente a embasar o propósito comercial da operação, o fato é que a decisão a quo reconheceu outros elementos que comprovam a existência do referido propósito. Senão vejamos:

Desta forma, na intenção de zelar pelo princípio da verdade material, na busca pela objetividade e pelo atingimento de uma verdade absoluta, que se adequem, neste caso, ao entendimento adotado pela fiscalização e pela autoridade julgadora, serão levantadas evidências que precedem e exorbitam a mera

economia tributária ou o gozo do benefício fiscal para confirmar um autêntico propósito negocial para a operação.

Neste sentido, cumpre colacionar ao voto a fundamentação do recorrente (em seu Recurso Voluntário) que justificou as reorganizações societárias dentro do Grupo Pão de Açúcar.

Primeiramente, quanto ao objetivo principal do investimento da GPA na ASSAI:

“117. O interesse manifestado pelas partes sempre foi o de manter uma joint venture, que contasse, de um lado, com a força financeira do GPA, e, de outro lado, com a expertise dos ex-controladores, os Srs. Rodolfo e Luiz, na administração do negócio de atacarejo. Este interesse, notoriamente divulgado pelo GPA no Fato Relevante de 02/11/2007, oportunamente já reproduzido, não destoou em nenhum momento da realidade”

De fato, de análise detida dos autos e dos documentos juntados, tornou-se de notório saber a intenção do negócio da GPA com a empresa ASSAÍ.

Quanto à motivação para a não integração, em uma única sociedade, da atividade de varejo da empresa SÉ, com a atividade de atacarejo da BARCELONA (empresa que incorporou a parcela cindida da ASSAÍ), ora recorrente, subsume-se:

“(…) a) Porque colocaria, em choque frontal, os dois modelos de gestão (varejo versus atacarejo), que eram (e ainda são) completamente distintos um do outro).(…)

b) Porque os conflitos na área de sistemas seriam tormentosos e insanáveis no curto prazo.(…)

c) Porque a aparente complementariedade dos negócios não se traduziria em melhoria de resultados, nem propiciaria captura de sinergias administrativas, técnicas e operacionais.(…)

d) Porque, (e, sobretudo porque) os exacionistas controladores da recorrente (e o próprio GPA) não tinham nenhum interesse de se tornarem sócios através da participação no capital social da SÉ (observem que a incorporação do acervo patrimonial da Recorrente pela SÉ, geraria, com consequência inevitável, a substituição das ações detidas pelos exacionistas controladores no capital da Recorrente, por quotas do capital da incorporadora e sucessora SÉ)

(…)

120. Em suma, pelas inúmeras razões operacionais, econômicas e pelas motivações particulares dos exacionistas controladores, ao contrário do que tenta induzir a D. Fiscalização, não era viável a aquisição do controle acionário da Recorrente diretamente pela SÉ. Por tais razões é que, então, Sevilha e Nerano, cumpriram o papel de reais adquirentes”

Quanto a motivação para as empresas SEVILHA e NERANO não incorporarem direto a empresa BARCELONA, ora recorrente, extrai-se:

“(…) porque a incorporação de controlada por incorporadora seria extremamente complexa, extensa e custosa. Para ter-se uma ideia, uma incorporação da Recorrente por Sevilha ou Nerano dependeria (i) de abertura prévia de inúmeras filiais das incorporadoras nos endereços das filiais da Recorrente, que seriam extintas, (ii) de obtenção de novos CNPJ’s, de Inscrições Estaduais e Municipais, (iii) de Alvarás de funcionamento emitidos pela Prefeitura, Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, (iv) de aquisição de novos ECF’s, (v) intervenção técnica destinada a programar o ECF para uso fiscal, dentre inúmeras outras obrigações etc. Sem contar, ainda, com o iminente risco de atraso na obtenção de quaisquer inscrições, licenças, autorizações, que impediriam que as lojas efetuassem vendas ao consumidor.

(…)

Portanto, como a própria lei fiscal autoriza a incorporação às avessas, tal foi usado dentro dos limites conferidos aos contribuintes para se organizarem da maneira que melhor convier, permitindo que o processo de incorporação fosse mais simples e rápido. Não há ilegalidade nenhuma no uso dessa modalidade de operação. Tanto Sevilha quanto Nerano estavam aptas a realizar a incorporação do acervo patrimonial da Recorrente. Não havia óbice de nenhuma espécie; só não fizeram por que ensejaria maiores custos e seria extremamente mais complexa e arriscada.”

Por fim, diante de todo este contexto, surge a motivação para a incorporação às avessas (ou incorporação reversa) concretizada:

“151. Não se furta o Recorrente da afirmação de que a incorporação de Sevilha e Nerano justificou-se, sim, pela faculdade da legislação fiscal, e diríamos até obrigatoriedade sob a perspectiva da boa gestão empresarial – de utilização do benefício fiscal instituído pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9532/97 (de amortização fiscal, pelo período mínimo de 5 anos, do ágio incorrido nas aquisições da Recorrente, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura), cuja condição é exatamente a incorporação da pessoa jurídica detentora do ágio fundamentado em rentabilidade futura, pela pessoa jurídica detentora do ágio fundamentado em rentabilidade futura, ou vice-versa.

152. Repita-se: foi exatamente isto que ocorreu no caso em apreço. É dizer, Sevilha e Nerano, cada qual exercendo a função que lhes foi atribuída, adquiriram participação societária na Recorrente, e, em razão disso, pagaram em condições normais de mercado, dentro da mais ampla comutatividade, um substancial ágio aos exacionistas controladores, partes não relacionadas.

153. Posteriormente, por deliberação de seus acionistas, as partes se valeram de benefício criado pelo Chefe do Poder Executivo (por intermédio da Medida Provisória nº 1602/97), posteriormente convertida na Lei nº 9532/97), mediante incorporação de Sevilha e Nerano, única condição necessária para a fruição do incentivo.”

De fato, a última operação, de incorporação reversa, visou única e exclusivamente a fruição do benefício fiscal, mas as reorganizações societárias que a precederam revelam que havia um propósito negocial coeso e integralmente plausível conferindo-lhes lógica jurídica e fática.

Veja, se não fossem as reorganizações que se deram anteriormente, o gozo do benefício fiscal não se concretizaria.

Faltou à fiscalização enxergar o “filme” da operação, do conjunto de etapas e operações da qual emergiu a composição societária final, baseando-se o agente fiscal em “fotografias estanques”, devidamente selecionadas para confirmar a afirmação de criação artificial do ágio.

Chegou-se ao ponto, diante de todas as motivações para a não adoção de escolhas que pareceriam lógicas financeiramente para a fiscalização, mas que se mostraram totalmente lógicas financeiramente pelo recorrente, de acordo com o objetivo principal de toda a operação, que a incorporação às avessas se mostrou o meio mais vantajoso e eficaz de se concretizar a concretização do investimento do GPA com a ASSAÍ, dentro dos ditames legais.

Portanto, a subjetividade do propósito negocial é parcialmente dirimida e gradativamente relativizada e enfraquecida, na medida em que se mostra robusta a motivação e construção lógica contida nas reorganizações societárias e na amortização do ágio propriamente dita.

O meio utilizado, conforme demonstrado, é amparado pela legislação. A amortização fiscal é completamente legal e possível neste caso: todos os requisitos formais foram atendidos, bem como todos os requisitos materiais.

Há, desta forma, a consumação integral da aplicação do princípio da capacidade contributiva, da igualdade e, então, o atingimento de uma verdade que tangencia o absolutismo no caso concreto.

Por todo o exposto, deve ser reconhecida a legalidade da amortização fiscal do ágio e julgo improcedentes os lançamentos.

Nesse contexto, entendo que não cabem reparos à decisão recorrida, seja porque a economia de tributos é suficiente para justificar o propósito negocial da operação, seja porque esse não foi o único motivo a justificar o propósito negocial no caso em tela.

Processo nº 16561.720117/2013-11
Acórdão n.º **9101-003.366**

CSRF-T1
Fl. 18

Por tais razões, entendo que o ágio gerado no presente caso o foi de forma legítima.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, Redator Designado

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

A matéria posta à apreciação desta Câmara Superior refere-se à ágio - empresa veículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Além disso, os dispositivos também prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da

investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

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

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

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

[...].

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

[...].

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

[...].

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

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo

assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura, no recente Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

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

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

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

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

b) 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 cisão.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERÍ² 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.

¹ Cf. Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

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

[...].

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 Mista³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁴:

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

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

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

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

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

³ Relatório da Comissão Mista publicado no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

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

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem, em seguida, incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação “às avessas”, não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁶, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que, para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação,**

⁶ Cf. SCHOUERI, 2012, p. 62.

fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter, efetivamente, **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a “original” ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa, ou ainda de incorporação “às avessas”. A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo § 6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu § 6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da “mais valia” (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à “mais valia”.

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a “mais valia” porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da “confusão patrimonial”. Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa onde investiu (incorporação “às avessas”).

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

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pela SÉ SUPERMERCADOS LTDA (SÉ), por intermédio da SEVILHA e da NERANO, das ações da BARCELONA.

Conforme já foi narrado, a SEVILHA e a NERANO foram incorporadas pela BARCELONA. Julgando fazer jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (e nos arts. 385 e 386 do RIR/1999), a SEVILHA e a NERANO passaram a reduzir seu lucro líquido. Posteriormente, com a incorporação da SEVILHA e da NERANO pela recorrida (BARCELONA), esta continuou a utilizar o saldo remanescente do ágio para reduzir suas bases tributáveis.

Ocorre que nem a SEVILHA e a NERANO, nem a recorrida (BARCELONA) poderiam ter utilizado o ágio para fins de deduzir as despesas decorrentes de sua amortização.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

Como não foram a SEVILHA e a NERANO que desembolsaram o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que foi pago, direta e indiretamente, pela aquisição das ações da BARCELONA saiu dos cofres da SÉ.

A SEVILHA e a NERANO foram incorporadas pela BARCELONA. Esta, julgando que estaria configurada a “confusão patrimonial” entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários. Ocorre que tal “confusão patrimonial”, principal manifestação do aspecto material necessário à

efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, só existe uma real investidora: a SÉ.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a empresa participante da “confusão patrimonial” tenha arcado com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado. No caso dos presentes autos, não se verificou a prática de tal “sacrifício patrimonial” pela SEVILHA e pela NERANO ou pela recorrida (BARCELONA).

Sendo assim, a amortização operada pela recorrida (BARCELONA) não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possui participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária (SÉ) não participou de “confusão patrimonial” alguma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Do exposto, voto por **conhecer** do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por **dar-lhe provimento**. Devem os autos retornar ao colegiado de origem para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo – Redator Designado