



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720184/2013-35
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.278 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 10 de julho de 2019
Recorrente SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. JUROS SOBRE MULTA. SUMULA CARF 108.

Não se conhece recurso especial de decisão que adote entendimento de súmula de jurisprudência do CARF, ainda que esta tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso, nos termos do artigo 67 do RICARF.

Súmula CARF 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

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.

AQUISIÇÃO. ALIENANTE E ADQUIRENTE. EMPRESAS SEM VÍNCULO.

A aquisição do investimento predicada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, pressupõe operação entre adquirente e alienante sem vínculo empresarial. Não há sentido exigir positividade para explicitar que adquirente e alienante não podem ser do mesmo grupo empresarial, vez que o conceito de aquisição envolve uma transação entre partes independentes. Alienação de investimento de uma controladora para sua controlada não é aquisição, é transferência interna de fluxo de caixa entre empresas de mesmo grupo, e por isso não se mostra apta a lastrear existência de despesa amortizável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à dedutibilidade das despesas de amortização de ágio e, no mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Livia De Carli Germano (relatora), que lhe deu provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia De Carli Germano, Amelia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente o Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pelo contribuinte (fls. 2.660 a 2.690) em face do acórdão n. 1301-002.233, prolatado pela 1.ª Turma Ordinária da 3.ª Câmara da 1.ª Seção em 22 de março de 2017, que restou assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido: 1301-002.233, de 22 de março de 2017

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE.

A dedutibilidade da amortização do ágio somente é admitida quando este surge em negócios entre partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo para os ativos envolvidos. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de negócios entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, o que obsta que se admitam suas consequências fiscais

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

CARÁTER ABUSIVO DA MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Alegações de abusividade e desproporcionalidade da multa de ofício não podem ser apreciadas pelo CARF, nos termos da Súmula CARF n.º 2.

JUROS SOBRE MULTA.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei n.º 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa Selic.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Nos termos da Súmula CARF n.º 4, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretariada Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em NEGAR provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, José Eduardo Dornelas Souza e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, que votaram pelo provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Flávio Franco Corrêa.

Referido acórdão foi objeto de embargos de declaração por parte da contribuinte (fls. 2.573-2.578), os quais não foram acolhidos pelo Despacho de Admissibilidade de Embargos de fls. 2.642-2.648.

A Recorrente alega divergência em relação às seguintes matérias: a) dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, e b) impossibilidade de aplicação de juros sobre a multa de ofício.

O Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial fls. 2.868-2.880, de 13 de novembro de 2017, deu seguimento ao recurso especial com relação a ambas as matérias.

Quanto à matéria "a) dedutibilidade das despesas de amortização de ágio", o Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial reconheceu a divergência com relação a apenas um dos paradigmas apontados pela Recorrente, qual seja, o acórdão 1302-002.060, de 21 de março de 2017, assim ementado:

Acórdão paradigma: 1302-002.060, de 21 de março de 2017

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

[...]

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o

fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

Acordam os membros do colegiado, por MAIORIA de votos, em DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator, vencidos os Conselheiros Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Em síntese, aponta o Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial que, enquanto no acórdão recorrido a turma decidiu que a amortização do ágio decorrente de incorporação intragrupo não é dedutível, no acórdão paradigma 1302-002.060 o colegiado fez juízo pela dedutibilidade nestes casos.

Sobre a matéria "b) impossibilidade de aplicação de juros sobre a multa de ofício", o Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial considera que ficou demonstrada divergência de interpretação entre acórdão recorrido e os dois acórdãos indicados como paradigmas, quais sejam:

Acórdão paradigma: 1202-001.257, de 25 de março de 2015

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004

[...]

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO INAPLICABILIDADE

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.

Acórdão paradigma: 1202-001.109, de 11 de março de 2014

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

[...]

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO
INAPLICABILIDADE

Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Em resumo, o Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial afirma que o entendimento exarado nas decisões dos paradigmas conclui pela impossibilidade de aplicação de juros sobre a multa de ofício, enquanto o acórdão recorrido admite expressamente a incidência dos juros sobre as multas.

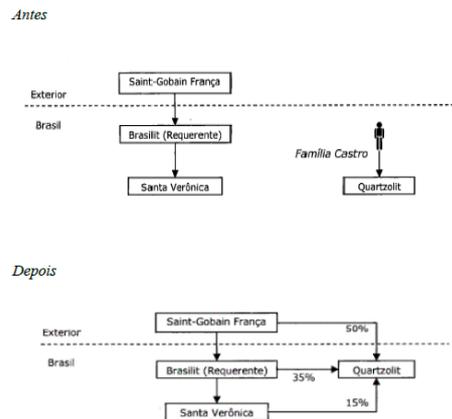
A PGFN apresentou contrarrazões, nas quais alega genericamente a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados e no mérito destaca razões para o seu não provimento.

Contexto fático dos autos

Trata-se de autos de infração para a cobrança de IRPJ e da CSLL em virtude da glosa de despesas com amortização de ágio consideradas indedutíveis nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, sendo exigida multa de ofício de 75%.

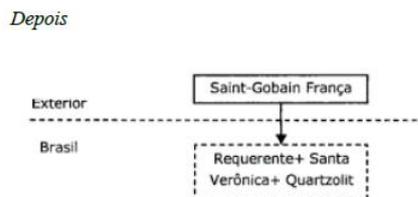
A operação que deu origem ao ágio em questão foi a aquisição, pela ora Recorrente, em 1º de junho de 2008, de 50% das quotas da sociedade brasileira Quartzolit então detidas pela Saint Gobain France (SGF), esta última uma empresa estrangeira pertencente ao mesmo grupo da ora Recorrente.

A SGF havia adquirido tal participação societária em 17 de dezembro de 1997, de pessoas físicas não relacionadas ("Vendedores da Família Castro"), mediante efetiva transferência de recursos, em operação na qual também a ora Recorrente e outra sociedade do grupo, a Santa Verônica, adquiriram de tais vendedores respectivamente 35% e 15% da participação societária na Quartzolit. Os organogramas a seguir resumem a situação antes e depois da aquisição da participação societária pelas sociedades do grupo Saint Gobain (incluindo a Recorrente, então denominada Brasilit), ocorrida em 1997:



Em outubro de 2006 a Recorrente incorporou a Santa Verônica, passando então a deter 50% da participação na Quartzolit.

Então, em 10 de junho de 2008, a Recorrente adquire os restantes 50% da Quartzolit detidos pela SGF, mediante efetiva transferência de recursos -- operação que deu origem ao ágio ora questionado, o qual foi registrado com base em laudo de rentabilidade futura datado de 30 de maio de 2008 (fls. 597-624). Na mesma data a Recorrente incorpora a Quartzolit, passando a amortizar o ágio sob análise à razão de 1/60 ao mês. O esquema societário, ao final, pode ser assim ilustrado:



De se observar que a incorporação da Quartzolit pela Recorrente também deu ensejo ao início da amortização fiscal dos ágios registrados pela Recorrente e pela Santa Verônica em 1997, quando da aquisição da participação societária dos vendedores da Família Castro, e que tais ágios não estão em discussão nos presentes autos.

As despesas com amortização de ágio ora em discussão foram glosadas sob a única justificativa de que ele foi gerado intragrupo. Destaca-se, por oportuno, as seguintes passagens do Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.888-1.910:

29. Como ponto de partida para o presente exame, deve-se atentar aos quadros acionários/societários das sociedades envolvidas nas transações das quais resultou o "novo ágio" registrado na SG Brasil no ano de 2008. Com esse objetivo, reporta-se ao item 3 do presente Termo de Verificação Fiscal;

30. Um acurado exame de tal quadro acionário torna patente que, no momento da incorporação da Quartzolit pela fiscalizada no ano de 2008, as sociedades de interesse - SG Brasil e SG France eram majoritariamente controladas pelo grupo empresarial francês. Indubitavelmente, portanto, apresenta-se como intragrupo o ora discutido ágio registrado na SG Brasil decorrente da incorporação da Quartzolit.

(...)

50. Assim, impõe-se concluir que o ágio intragrupo é desprovido de requisitos que o habilitem a ser reconhecido como um ativo passível de amortização tributária. Acatar sua dedutibilidade implicaria consentir que uma despesa artificialmente criada pudesse reduzir as bases imponíveis do IRPJ e da CSLL. A ilegitimidade da amortização do ágio intragrupo fica ainda mais patente ao se imaginar que o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e de tempos em tempos, reduzir ou até cessar o pagamento de tributos, bastando, para tanto, ardilosamente criar despesas fictícias de amortização de um ágio supostamente decorrente da implantação de mais um "novo modelo organizacional".

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

Admissibilidade recursal

O recurso especial do contribuinte é tempestivo e foi admitido pelo Despacho de Admissibilidade de Recurso Especial de fls. 2.868-2.880, conforme relatado.

Não obstante, considero que, com relação à matéria "*b) impossibilidade de aplicação de juros sobre a multa de ofício*", a discussão não deve ser conhecida por este Colegiado.

É que, posteriormente ao despacho de admissibilidade, este CARF aprovou a Súmula n. 108, cujo enunciado assim dispõe:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

O Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 373/2015, estabelece, no §3º do artigo 67 do Anexo II, que "*Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso*".

Assim, é de se rejeitar o conhecimento do recurso especial do contribuinte quanto ao tema da cobrança de juros sobre multa, eis que o acórdão recorrido adotou o mesmo entendimento expresso no enunciado da Súmula CARF n. 108.

Por sua vez, no que se refere à matéria "*a) dedutibilidade das despesas de amortização de ágio*", compreendo que a divergência restou adequada e suficientemente demonstrada.

Nesse ponto, ressalto que o recurso especial tem por escopo uniformizar o entendimento da legislação tributária entre as turmas que compõem o CARF, devendo o alegado dissenso jurisprudencial se dar em relação não em matéria de prova mas em relação a questões de direito, tratando, todos, da mesma situação fática sob a mesma legislação aplicável.

No caso, a simples leitura das ementas dos acórdãos recorrido e paradigma já revela que, para o primeiro, o ágio gerado intragrupo não foi considerado dedutível enquanto que, para o segundo, o fato de o ágio ter sido gerado no mesmo grupo empresarial "*não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo*".

Não procede, portanto, a genérica alegação da Procuradoria da Fazenda Nacional, efetuada em sede de contrarrazões, de que não haveria similitude fática entre as decisões recorrida e paradigma.

Evidencia-se, assim, que a Recorrente **logrou êxito** em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial com relação ao ágio, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial do contribuinte, especificamente quanto à matéria "a) dedutibilidade das despesas de amortização de ágio".

Mérito

O mérito do presente recurso diz respeito à possibilidade de a fiscalização glosar despesas com amortização de ágio exclusivamente em razão de comprador e vendedor pertencerem a um mesmo grupo empresarial.

Conforme relatado, o ágio em questão é referente à aquisição de 50% da participação societária na Quartzolit e passou a ser amortizado em razão da incorporação desta sociedade pela Recorrente ocorrida em 2008.

A Recorrente alega, primeiramente, que não se trata de ágio gerado intragrupo já que ele remonta à aquisição da participação na Quartzolit da Família Castro, ocorrida em 1997. Não obstante, sustenta que, mesmo que se admitisse que o ágio decorreu de operações conduzidas entre partes relacionadas, esse fato não justificaria a glosa das despesas.

Ao seu turno, a Procuradoria da Fazenda Nacional sustenta que existem dois ágios distintos, decorrentes de dois negócios jurídicos de compra e venda de participação societária celebrados em datas, e por partes diferentes:

- (i) 1ª compra e venda em 17/12/1997, tendo por objeto 100% da participação societária na Quartzolit; Vendedores: Família Castro; Compradores: SG Brasil/Recorrente (35%), SG France (50%) e Sta. Verônica (15%).
- (ii) 2ª compra e venda em 1/6/2008, tendo por objeto 50% da participação societária na Quartzolit; Vendedor: SG France; Comprador: SG Brasil/Recorrente.

Assim, a PGFN afirma que, em que pese tenha existido, 11 anos antes, uma operação com um grupo independente, isso não transforma o ágio praticado entre as empresas do mesmo grupo em ágio externo.

Observo que, conforme relatado, o Termo de Verificação Fiscal - TVF glosou as despesas com amortização de ágio ora em discussão sob o único argumento de que ele foi gerado

intragrupo (reporto-me ao trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.888-1.910 citado no relatório supra).

Não obstante, não verifico na legislação em vigor na época dos fatos geradores qualquer restrição para que se registre, e posteriormente se amortize fiscalmente, um ágio pura e simplesmente em virtude de a negociação ter ocorrido entre partes relacionadas.

Em suas contrarrazões, a PGFN se apoia no conteúdo do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, o qual afirma que "*preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo.*". Na mesma linha, cita estudo acadêmico¹ que afirma que o ágio surgido internamente deve ser expurgado da contabilidade porque não tem sentido econômico² (disponível em https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos42004/an_resumo.asp?cod_trabalho=13, acesso em 21.04.2019).

Acontece que não estamos tratando, nos presentes autos, de Contabilidade, mas de Direito Tributário. Assim, o fato de eventualmente se concordar com as conclusões acima acerca do tratamento **contábil** do ágio intragrupo nada diz sobre os **efeitos tributários** desse ágio.

De fato, muito embora o ágio seja registrado em livros contábeis, ele está previsto em regras tributárias e é controlado em livros fiscais (ex. LALUR), independentemente do que ocorre na contabilidade.

O ágio nada mais é do que um efeito tributário da aquisição de uma participação societária por um valor acima de seu valor patrimonial, ou seja, é um desdobramento do custo de aquisição e, dessa forma, por consequência lógica e necessária, cada vez que uma participação societária é negociada por um valor acima do patrimonial, surge um "novo ágio".

Assim, compreendo que está correta a afirmação da PGFN quando sustenta que, no caso dos autos, existem dois ágios distintos, decorrentes de dois negócios jurídicos de compra e venda de participação societária celebrados em datas, e por partes diferentes.

Não obstante, o simples fato de o ágio ter sido gerado em operação ocorrida entre partes relacionadas não macula a operação. Assim, à mingua de qualquer alegação (e prova) de inexistência de pagamento, de simulação de operações, de problemas quanto ao registro, ao demonstrativo de rentabilidade futura ou à incorporação, não vislumbro fundamento jurídico para a glosa das amortizações em questão.

Há que se salientar que a amortização do ágio relativo a investimento em sociedade brasileira tem lógica na própria sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL, e existia muito antes da Lei 9.532/1997. Essa norma veio especialmente impor alguns limites e critérios objetivos para tal fruição – condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma*, foram estabelecidas buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.

* "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 de 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

¹ Artigo de Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior intitulado: "A Incorporação Reversa Com Ágio Gerado Internamente: Consequências da Elisão Fiscal Sobre a Contabilidade".

² "O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também."

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.” [obs: na conversão o artigo 8º passou a ser o artigo 7º da Lei 9.532/1997]

Mas, mesmo antes, a legislação tributária já admitia, na incorporação de sociedades com extinção da participação societária de uma possuída por outra, a dedutibilidade como perda de capital da diferença entre o valor contábil da participação extinta e o valor do acervo líquido que a substituir, avaliado a preços de mercado (artigo 34 do Decreto-Lei 1.598/1977, dispositivo analisado pelo Parecer Normativo CST 51/1979).

Assim, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que podem dar margem ao reconhecimento de uma perda. A Lei 9.532/1997, vale repetir, veio então trazer condições adicionais para a amortização fiscal dessa perda, o ágio – em especial: que a mais valia estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida e que a amortização fiscal ocorresse à razão máxima de 1/60 ao mês, a partir da liquidação do investimento.

Vale notar que tal tratamento tributário do ágio poderia ser aplicado ainda que o ágio já tivesse sido amortizado contabilmente, sendo ainda aplicável inclusive às sociedades que não estivessem obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial, como prevê o art. 8º da Lei 9.532/1997 (dispositivo reproduzido no então vigente §6º, I, do artigo 386 do RIR/99).

Em resumo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Uma vez que tais condições tenham sido observadas, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida. E diz-se a princípio apenas porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprova que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (inciso VII).

Com a devida vênia, não concordo com a linha de argumentação que sustenta que, quando a legislação exige uma aquisição, ela presumidamente está se referindo a partes não relacionadas. Na verdade, sequer vislumbro exemplos válidos para o argumento de que, quando a legislação quis se referir a aquisições entre partes relacionadas, ela o fez expressamente. Nesse ponto, vale uma breve digressão sobre o artigo 32 da Lei 10.637/2002 e sobre a legislação sobre preços de transferência, que muitas vezes são citados como exemplos de normas que estabelecem regras específicas relativas a partes relacionadas -- o artigo 32 da Lei 10.637/2002 não trata de ágio entre partes relacionadas, tendo trazido apenas um benefício fiscal referente ao diferimento do ganho de capital tributável (o ágio, neste caso, se houver seria apurado conforme as regras então em vigor); da mesma forma, compreendo que nada na legislação sobre preços de transferência parece indicar que o conceito de “aquisição” não se aplica quando a operação se dá entre partes relacionadas (pelo contrário, tal legislação confirma que a operação entre partes relacionadas é sim “aquisição”, e exatamente em razão disso vem controlar a repercussão tributária – ex. dedutibilidade - do preço praticado). Inclusive, o único paralelo que consigo traçar entre as legislações acerca de preços de transferência e sobre ágio é o de que, assim como naquela, para o ágio a norma também veio controlar o preço praticado entre adquirente e vendedor para fins de amortização fiscal, passando a exigir, a partir da Lei 9.532/1997, que a mais valia a ser amortizada estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida.

Pois bem. No caso dos autos, é incontroverso que a Recorrente adquiriu participação societária na Quartzolit e desdobrou o custo de aquisição em valor de patrimônio

líquido e ágio, sendo necessário, portanto, verificar (a) se foram cumpridos os requisitos legais para a amortização do ágio então vigentes (previstos na Lei 9.532/1997 e no Decreto-Lei 1.598/1977) e (b) se tais operações efetivamente foram praticadas (isto é, ausência de simulação nos termos do artigo 149, VII, do CTN).

Nesse passo, reitero que não há qualquer acusação no TVF de que os requisitos legais para o registro e a amortização de ágio não foram cumpridos no caso em questão. Pelo contrário, o TVF **afirma** (i) que foi elaborado demonstrativo de rentabilidade futura contemporâneo à aquisição das ações da Quartzolit pela Recorrente; (ii) que houve pagamento (contraprestação) na aquisição da participação; (iii) que por ocasião da aquisição do investimento a Recorrente segregou o investimento do ágio, e (iv) que a amortização do ágio passou a ocorrer após a incorporação da Quartzolit pela Recorrente.

Também não há nos autos qualquer acusação de simulação de operações.

Assim, compreendo que não há fundamento **jurídico** para a glosa da amortização fiscal do ágio no caso em questão.

De se ressaltar que, em momento posterior aos fatos geradores analisados nos presentes autos, a Medida Provisória 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014 veio a trazer no ordenamento tributário restrições específicas para a amortização de ágio em operações ocorridas entre partes relacionadas. Não obstante, até mesmo a exposição de motivos da MP deixa claro que isso foi uma inovação surgida apenas com sua edição. Confira-se:

32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como goodwill. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (goodwill) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com goodwill, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes.

(...)

35. O art. 24 estabelece o conceito de partes dependentes para fins do disposto nos arts. 19 e 21.

Vale, ainda, uma última observação. É que mesmo as restrições **contábeis** ao registro de ágio em operações intragrupo apenas se tornaram **norma** a partir das novas regras contábeis surgidas **a partir de 2010**. Assim, no caso, a restrição ao registro do ágio com fundamento exclusivo no fato de se tratar de operação entre partes relacionadas não faria sentido nem mesmo sob o prisma da legislação contábil.

Nesse passo, oportuno citar trecho de artigo de Eliseu Martins publicado em 2012 (este, aliás, é um dos autores do estudo acadêmico utilizado como fundamento das contrarrazões da PGFN)³:

(...)

Tudo começou com o Decreto-Lei nº 1.598, de 1976, que cometeu alguns erros técnicos ao definir o ágio como a diferença entre valor de aquisição e valor contábil da parcela patrimonial adquirida, e ao não exigir a utilização fiscal de uma regra de ouro: ágio

³ <http://www.valor.com.br/brasil/2805590/dedutibilidade-fiscal-da-amortizacao-do-agio#ixzz24qIYwEnO>, acesso em 21.04.2019

genuíno por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) é apenas o excedente pago sobre o valor de mercado (valor justo, mais recentemente) dos ativos e passivos adquiridos avaliados individualmente. O decreto criou enorme confusão com menção a ágio por expectativa de rentabilidade futura, fundo de comércio e até a incríveis "outras razões econômicas". Assim, o governo errou na redação original, inclusive ao permitir a interpretação de escolha de classificação e não exigência rígida de hierarquia como passou a ocorrer a partir de 2010 com as normas internacionais de contabilidade. Com isso, passou-se, desde a década de 70, a aceitar valor de ágio chamado de expectativa de rentabilidade futura normalmente por valor maior do que o tecnicamente devido. Mas tudo suportado por esse decreto-lei.

Mas tal decreto só permitia a dedutibilidade do ágio apenas na baixa do investimento. Portanto, na prática nada de problema muito sério. Porém, **com o objetivo de aumentar o valor de suas próprias empresas no processo de desestatização, o governo tomou a iniciativa que redundou na Lei nº 9.532 em 1997, onde passou a aceitar a dedutibilidade da amortização do ágio em cinco anos, desde que mediante processo de fusão, incorporação ou cisão** (nenhuma lógica nessa subordinação – apenas trabalho adicional às empresas). Pior ainda, emitiu em 2002 a Medida Provisória nº 66 (Lei nº 10.637, de 2002) que permitiu ao vendedor diferir, às vezes quase que para sempre, o ganho obtido por esse ágio. Aí foi o paraíso: o vendedor tributava a prazo, às vezes quase infinito, e o comprador deduzia em cinco anos!

Mais recentemente, com o valor dessas dedutibilidades assumindo vultosas cifras, o Fisco começou a autuar as empresas sob os mais variados argumentos: ágio interno, ou seja, derivado de negociações de participações societárias entre empresas do mesmo grupo – mas nada na lei fiscal ou contábil jamais vedou isso até 2010; ausência de "custo" por não haver desembolso de caixa na aquisição, já que pagamento com emissão de ações às vezes – só que jamais a contabilidade subordinou "custo de aquisição" a desembolso em caixa. Há ainda o laudo de avaliação elaborado após a negociação – o laudo nunca foi exigido legalmente e é mesmo comum que ele seja formalizado após a operação, com esta se dando com base em documentos e estudos internos ou externos elaborados rapidamente, apresentados em forma inacabada etc.; a não atribuição, primeiramente, da mais valia dos ativos – mas o próprio Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 abriu a brecha para escolha de classificação e não hierarquização; não há ágio com patrimônio líquido negativo – mas isso jamais foi mencionado na legislação e, contabilmente, esse reconhecimento faz parte das práticas contábeis aceitas; não atribuição de valor a intangíveis não contabilizados – mas essa exigência contábil começou entre nós apenas a partir de 2010 etc. **Ou seja, o Fisco vem procurando consertar, por vias na maioria das vezes muito discutíveis, os erros do próprio governo.**

Vê-se, assim, que é preciso solução legal para uma reorganização legal fiscal nesse campo do ágio, como houve reorganização contábil com o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, emitindo o CPC 15 (Combinação de Negócios), prontamente reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo Conselho Federal de Contabilidade e outros reguladores.

(...) (grifos nossos)

Em conclusão, compreendo que a decisão recorrida deve ser reformada, cancelando-se o auto de infração em discussão, eis que a glosa do ágio realizada carece de fundamento jurídico. Neste sentido, sugeri a seguinte ementa para este julgado:

ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo não era relevante para fins fiscais. A mera circunstância da operação ser praticada por

empresas do mesmo grupo econômico não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto por conhecer parcialmente do recurso especial do contribuinte e, na parte conhecida, dar-lhe provimento, cancelando a autuação fiscal.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura – Redator Designado.

Não obstante a substancial argumentação apresentada pela i. Relatora, abro divergência em relação ao mérito.

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 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.

Interessante 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 escritural⁴. 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).

⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E recentemente, por meio da Lei n.º 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei n.º 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 n.º 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei n.º 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 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 n.º 6.404, de 1976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 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 cisão⁵.

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 1997⁶, 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 SCHOUERI⁷ 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

⁵ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁶ 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.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista ⁸ 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 incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

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

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

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

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

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

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

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

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale

⁸ 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.

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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/99⁹.

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

⁹ 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 n.º 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

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 á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

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

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

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

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 ATALIBA¹⁰.

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

Ao se apreciar o aspecto **peçoal**, 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

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 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. SCHOUERI¹¹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, 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 conseqüente ("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.**

¹¹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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.

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Transcrevo os eventos societários descritos pela decisão recorrida:

- A fiscalizada, desde 1997, adquiriu várias participações societárias, com ágio. Em 2008, várias dessas empresas foram incorporadas, iniciando-se então a amortização do ágio gerado em suas aquisições.
- O objeto da presente autuação são as amortizações do ágio gerado na aquisição, por parte da fiscalizada (antes Brasilit S.A.) da participação societária de 50%, na Saint-Gobain Quartzolit (antiga Argamassas Quartzolit Ltda.), CNPJ nº 60.729.795/000103, detida pela Saint Gobain Weber France (anteriormente Weber et Broutin).
- A SaintGobain Weber France e a SaintGobain do Brasil Produtos Industriais e Construção Ltda. (fiscalizada) pertenciam à época (e ainda pertencem) ao mesmo grupo empresarial.
- Empresas envolvidas por nomes simplificados:
 - Brasilit S.A., Brasilit Indústria e Comércio Ltda., Saint-Gobain Brasilit Ltda., e Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., CNPJ nº 61.064.838/000133 doravante "fiscalizada" ou **SG Brasil**.
 - Weber et Broutin e SaintGobain Weber France doravante **SG France**.
 - Argamassas Quartzolit Ltda. e Saint Gobain Quartzolit Ltda., CNPJ nº 60.729.795/000103 doravante **Quartzolit**.
 - Santa Verônica Empreendimentos e Participações S/C Ltda., CNPJ nº 00.402.837/000167 doravante **Sta. Verônica**.
- Em 17 de dezembro de 1997, a fiscalizada, adquiriu participação na Quartzolit, juntamente com as empresas do mesmo grupo Santa Verônica Empreendimentos e Participações S/C Ltda., CNPJ nº 00.402.837/000167 e a SG France (hoje Saint-Gobain Weber France), de seus sócios à época, Egon Katz de Castro, Ricardo Katz de Castro
- Em razão da operação acima descrita, a SG France passou a deter participação de 50% na Quartzolit representada por 20.433.412 quotas, a Sta. Verônica restou com 15% de participação representada por 6.130.023 quotas e a fiscalizada com 35% de participação, representada por 14.303.389 quotas da Quartzolit. Castro, Gabriela Eugenia Faltay de Castro e Margot Katz de Castro.
- O doc. "12. Qtz_instr de promessa de cessão e transf de quotas", referente à operação acima, datado de 27 de novembro de 1997, foi contratado entre Egon Katz de Castro, Ricardo Katz de Castro, Gabriela Eugenia Faltay de Castro e Margot Katz de Castro e a SGBrasil, não figurando nele a SG France ou a Sta. Verônica.
- Em 17 de dezembro de 1997, data da efetiva alienação das quotas, o doc. "14.Qtz_Termo Aditivo de Promessa de Cessão" dá conta da transferência de parte dos direitos de aquisição por parte da SG Brasil, da participação societária na Quartzolit, à Sta Verônica e à SG France.
- Em 31 de outubro de 2006, a Sta. Verônica é incorporada pela SG Brasil, conforme docs. 19 a 22, pelo seu valor patrimonial. Dessa forma, a SG Brasil passa a ter participação na Quartzolit de 50%, restando os outros 50% em poder da SG France.
- Em 1º de junho de 2008, a SG France aliena sua participação na Quartzolit à SG Brasil (doc. "23. Alienação Quartzolit SGFrance SG Brasil").

- A SG Brasil pagou, efetivamente R\$ 210.000.000,00 pela participação de 50% na Quartzolit, de titularidade, até aquela data da SG France. A SG France se retira, então, da sociedade, em 1 de junho de 2008, restando a SG Brasil com 100% de participação na Quartzolit.
- Em decorrência dos valores do PL da Quartzolit de R\$ 108.302.300,00 (50% do PL = R\$ 54.151.150,00) e do valor pago pela SG Brasil à SG France por 50% de participação na Quartzolit (R\$ 210.000.000,00), surge um ágio na operação de R\$ 155.848.850,00.
- Em 1º de junho de 2008 (doc 25), a SG Brasil incorpora a Quartzolit. A Justificativa e Protocolo de Incorporação se encontram no doc. 23.
- A partir dessa data, a SG Brasil começa a amortizar o ágio gerado tanto na operação de aquisição de participação de 35% na Quartzolit em 1997, quanto pela incorporação da Sta. Verônica em 2006 e agora, pela aquisição de 50% de participação de 50% anteriormente de titularidade da SG France. (Grifei)

Como se pode observar, o investimento QUARTZOLIT foi adquirido pelo grupo econômico controlado pela SG FRANCE. Na ocasião, a SG FRANCE, controladora, passou a deter 50% da participação da QUARTZOLIT. A SG BRASIL, controlada pela SG FRANCE, detinha 35% da participação da QUARTZOLIT. A STA VERÔNICA, por sua vez, detinha 15% de participação da QUARTZOLIT. A STA VERÔNICA era controlada pela SG BRASIL.

Ocorre que, posteriormente, todas as transações foram efetuadas dentro de empresas do grupo econômico.

Em outubro de 2006, a STA VERÔNICA é incorporada pela SG BRASIL. Assim, a SG BRASIL passa a deter 50% da participação da QUARTZOLIT, e a SG FRANCE continua a deter 50% da participação da QUARTZOLIT.

Na sequência, a SG BRASIL efetua pagamento, para a SG FRANCE, sua controladora, para a participação dos 50% remanescentes da QUARTZOLIT.

A SG BRASIL passa a ser controladora integral da QUARTZOLIT. A SG FRANCE continua a ser controladora da SG BRASIL.

A SG BRASIL incorpora a QUARTZOLIT e passa a aproveitar da despesa de amortização de ágio.

A circulação de recursos financeiros decorrente das operações societárias descritas a partir de outubro de 2006 ocorreu dentro das empresas do grupo econômico da SG FRANCE.

Avaliando-se a movimentação empreendida dentro do grupo econômico, o que se verifica é uma transferência de recursos entre controladora e controladas.

Não há que se falar em **aquisição de investimento**, quando o investimento, em nenhum momento, deixou de pertencer à controladora do grupo econômico, a SG FRANCE.

A aquisição de um ativo pressupõe a circulação de riqueza entre um alienante e um adquirente e, por óbvio, não há sentido dizer que se o alienante é controlador do adquirente, houve uma efetiva aquisição.

Se o alienante controla o adquirente, pode dizer que o preço do ativo X é de X+1. O adquirente, empresa controlada, efetua o “pagamento” por X+1.

Ora, o valor financeiro correspondente a X+1, que antes estava no caixa da adquirente, ingressa no caixa da alienante.

Para o grupo econômico, não há nenhuma mudança. O que houve foi mera transferência de recursos financeiros da uma empresa para outra.

Não é essa natureza de “aquisição” que é tratada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997.

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

Quando o legislador fala em aquisição, pressupõe que o adquirente e o alienante promovem uma circulação de riqueza no mercado. Pressupõe que o investimento alienado foi objeto de aquisição por sobrepreço porque as partes do negócio tinham a independência necessária para chegar a um acordo.

Será que caberia ao legislador dizer que, por aquisição de investimento, o alienante e a adquirente não poderiam ser controlados por uma mesma empresa? Ou que o alienante não poderia controlar a adquirente, ou vice versa? Improvável. Já é suficientemente claro positivar que o ágio é gerado a partir da aquisição por sobrepreço de um investimento. Não faz sentido exigir que se diga que a aquisição deve ser entre um alienante e um adquirente que não tenham nenhum vínculo de controle.

O que se observa no caso concreto é a geração de uma despesa artificial. O sobrepreço pago ao investimento em nenhum momento deixou de integrar o caixa do grupo econômico. O que pretendeu a Contribuinte foi gerar uma despesa dedutível para o grupo econômico, sem nenhuma contrapartida. É precisamente do que trata o tópico 6 do presente voto.

Assim, diante da constatação de que não houve a aquisição predicada pelo art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, não há que se falar em ágio a ser amortizado.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

André Mendes de Moura