



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

Processo n° 16643.000131/2010-41
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.803 – 1ª Turma
Sessão de 10 de maio de 2017
Matéria ÁGIO.
Recorrentes VRG LINHAS AÉREAS S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

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, transformação 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.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. PLUS NA CONDUTA. DOLO.

Operações empreendidas com utilização de empresas de papel, sem funcionários e operação restrita à participação societária em investimento adquirido com sobrepreço, com despesa operacional ínfima, demonstra com contundência a artificialidade visando construir deliberadamente o suporte fático para aproveitamento do ágio. Evidencia-se a presença dos elementos volitivo e cognitivo, caracterizando o dolo, o plus na conduta que ultrapassa o tipo objetivo da norma tributária e que é apenado com a qualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram. No mérito, (i) quanto à qualificação da multa, por voto de qualidade, acordam em

dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento e (ii) quanto à decadência, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinatura digital)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto - Relator

(assinatura digital)

André Mendes de Moura - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, Andre Mendes de Moura, Luis Flavio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado em substituição à ausência da conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela **Procuradoria da Fazenda Nacional** (doravante “**PFN**”) e por **VRG Linhas Aéreas S/A** (doravante “**contribuinte**”), em face do acórdão n. **1402-001.893** (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “**Turma a quo**”).

A matéria em discussão diz respeito à glosa de despesas com amortização de ágio, em que há investimento realizado por empresa estrangeira. A “**BSSF Air Holdings**”, estabelecida em Ilhas Cayman, constituiu e integralizou capital na empresa brasileira **BSSF I Holdings Ltda** (doravante “**BSSF I**”), controladora de outra empresa brasileira, a **BSSF II Holdings Ltda** (doravante “**BSSF II**”), a qual adquiriu participação acionária em empresa brasileira **Gol Transportes Aéreos** (doravante “**GTA**”), com o pagamento de sobrepreço (ágio) alegadamente fundado em expectativa de rentabilidade futura. Mediante reestruturações societárias, então, a **GTA** incorporou a **BSSF II** e passou a amortizar fiscalmente o ágio em questão.

O efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) não foi colocado em dúvida, mas outras questões de fato mostraram-se controversas no decorrer do processo administrativo. A turma *a quo* assim assentou quanto aos fatos:

“O que aconteceu de fato foi que, quando da incorporação da BSSF II pela GTA (em 29.03.2004), foram distribuídas 7.535.398 ações da GTA à BSSF Air Holdings, em substituição à participação que a BSSF II detinha na GTA (fls. 181 a 192).

Portanto, o valor do investimento, de fato, acabou nas mãos da BSSF Air Holdings, e o ágio foi amortizado na GTA.

E, também em 29.03.2004, a BSSF Air Holdings se tornou sócia da GLAI, subscrevendo 7.535.396 ações preferenciais e 2 ações ordinárias, integralizando-as mediante a conferência de 7.535.398 ações preferenciais Classe A de emissão da GTA (fls. 578 a 599). A GLAI passa a controlar a GTA.

A situação final, portanto, tem a BSSF Air Holdings como detentora de investimento na GLAI.

O caminho percorrido, em 1 ano e 3 meses, foi o seguinte:

- a) BSSF Air Holdings cria duas empresas no Brasil (BSSF I e II);
- b) desembolsa a quantia de R\$ 93.203.037,47, repassada inicialmente BSSF I e em seguida à BSSF II, que adquire investimento com ágio na GTA;
- c) as empresas BSSF I e II são extintas por incorporação, e a GTA começa a amortizar o ágio;
- d) BSSF Air Holdings recebe as ações da GTA;
- e) BSSF Air Holdings se torna sócia da GLAI, que passa a controlar a GTA.

Caso houvesse efetuado diretamente o investimento na GTA, a situação final seria a mesma — porém, o ágio não poderia ter sido amortizado, pois teria sido pago por empresa domiciliada no exterior, e não teria ocorrido o evento societário de incorporação.

Houve efetivo desembolso de dinheiro apenas pela BSSF Air Holdings, dinheiro que a partir daí circula entre as empresas veículo até chegar à GTA.”

O agente fiscal imputou ao contribuinte a prática “fraude”, tipificada no art. 72 da Lei n. 4.502/64, com a aplicação de multa qualificada (150%), com a consequente contagem do prazo decadencial conforme o art. 173 do CTN.

O contribuinte impugnou a autuação. A 7ª Turma da DRJ/SP1, por meio do acórdão n. 16-030.088, julgou a impugnação administrativa parcialmente procedente, mantendo o lançamento em parte (**e-fls. 1340 e seg.**). A decisão restou assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito comercial, com o único intuito de economia tributária. A utilização de empresa veículo para aquisição de investimento com ágio e sua posterior incorporação pela investida para aproveitamento de despesas de amortização do ágio autoriza a glosa daquelas despesas.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. REDUÇÃO.

Não havendo o autuante demonstrado a ocorrência de fraude, que imputa à conduta do contribuinte para fins de qualificação da multa de ofício, deve esta ser reduzida para 75%.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

A decadência, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, opera-se 5 anos após a ocorrência do fato gerador, quando não há a comprovação de dolo, fraude ou simulação, e a ausência de pagamento se deu por não ter o contribuinte apurado valor a pagar no ajuste anual.

MULTA DE OFICIO. EMPRESA INCORPORADORA.

O sucessor por incorporação responde pela multa de ofício decorrente de infração cometida pela sucedida quando se tratar de empresas do mesmo grupo econômico, ainda que lançada posteriormente ao evento societário, já que tinha conhecimento prévio da situação que levou à autuação fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplicam-se ao lançamento reflexo as mesmas conclusões e razões de decidir consideradas para o lançamento principal, por serem comuns os fundamentos fáticos e jurídicos dos lançamentos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Nesse seguir, foi interposto recurso voluntário pelo contribuinte (**fls. 1381 e seg. do e-processo**). A turma *a quo*, então, manteve a glosa da amortização fiscal do ágio, bem como a desqualificação da multa de ofício, adotando o percentual de 75%. Também foi reconhecida a decadência referente ao ano de 2004, com a adoção do art. 150 do CTN (**e-fls. 1.614 e seg.**).

O acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. REDUÇÃO.

Não havendo o autuante demonstrado a ocorrência de fraude, que imputa à conduta do contribuinte para fins de qualificação da multa de ofício, deve esta ser reduzida para 75%.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

A decadência, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, opera-se 5 anos após a ocorrência do fato gerador, quando não há a comprovação de dolo, fraude ou simulação, e a ausência de pagamento se deu por não ter o contribuinte apurado valor a pagar no ajuste anual.

MULTA DE OFICIO. EMPRESA INCORPORADORA.

O sucessor por incorporação responde pela multa de ofício decorrente de infração cometida pela sucedida quando se tratar de empresas do mesmo grupo econômico, ainda que lançada posteriormente ao evento societário, já que tinha conhecimento prévio da situação que levou à autuação fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplicam-se ao lançamento reflexo as mesmas conclusões e razões de decidir consideradas para o lançamento principal, por serem comuns os fundamentos fáticos e jurídicos dos lançamentos.

A PFN, então, interpôs recurso especial, arguindo divergência de interpretação quanto à **qualificação da multa de ofício e quanto à aplicação do prazo decadencial do art. 173, I, do CTN**. Referido recurso foi integralmente admitido por despacho (e-fls. 1681 e seg.).

Em breve síntese, a PFN alega em seu recurso:

- “No que tange à qualificação da multa de ofício, entendeu o Fiscal que o contribuinte reduziu o montante do crédito tributário devido por meio da prática de atos fraudulentos, razão pela qual aplicou-a ao percentual de 150%”;
- “No entanto, a partir de todo o exposto, resta claro que **a despesa amortizada pelo contribuinte autuado fora criada de forma artificial, com evidente intuito doloso de fraudar o Fisco, razão pela qual a qualificação da multa deve ser restabelecida**”;
- “**De fato, a ausência de propósito negocial e de substrato econômico, da mesma forma que impedem a existência material do ágio, atestam a simulação praticada pelo contribuinte**”;
- “Destarte, a sonegação está caracterizada nos autos uma vez que o contribuinte fiscalizado, por meio da reorganização societária, retardou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária”;
- “Ademais, não se pode perder de vista que a atividade ilícita praticada pelo contribuinte perpetuou-se por quatro anos calendários, caracterizando o reiteramento, o que reforça o intuito doloso de reduzir indevidamente a carga tributária”;
- “**Sendo assim, pelos argumentos aqui expostos, demonstra-se cabalmente que o negócio praticado pelo contribuinte foi realizado com evidente intuito fraudulento, que envolvia o uso abusivo de personalidade jurídica. Por meio de uma aparente seqüência de operações societárias, na verdade, o que o contribuinte procurou foi a redução da sua carga tributária. A qualificação da multa de ofício, assim, é medida que se impõe**”;
- “Noutro passo, diante da inexistência de qualquer pagamento, o prazo decadencial para a cobrança dos tributos sujeitos a lançamento por homologação é aquele constante do artigo 173, I, do CTN. Esta concepção, aliás, encontra-se cristalizada no Enunciado n.º 219 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, verbis: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que ocorreu o fato gerador””;

Cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões, em que alegam em breve síntese (e-fls. 1812 e seg.):

- O recurso especial da PFN não deve ser conhecido, pois, os acórdãos paradigmas trazidos tratariam de situação fática diversa da ocorrida no presente processo;
- Com relação à multa qualificada, o próprio Termo de Encerramento Fiscal confirmaria que não se trata de produção de ágio artificial;
- A autoridade autuante não teria comprovado a existência de intuito de fraudar o Fisco, conforme afirma o acórdão recorrido;

- Devido ao fato de não ter ocorrido ou se provado a existência de fraude, além de ter ocorrido o pagamento do tributo, então deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN, de forma que se declare a decadência do crédito tributário referente ao ano de 2004.

Por sua vez, o contribuinte apresentou recurso especial quanto à **possibilidade de amortização fiscal do ágio em questão (e-fls. 1.721 e seg.)**. Referido recurso também foi admitido integralmente por despacho (**e-fls. 1995 e seg.**) Em breve síntese, o contribuinte alega que:

- “a efetividade das operações que culminaram no investimento do Grupo Fundo AIG na GTA e na dedutibilidade fiscal do ágio, sendo certo que a forma como tais operações foram realizadas tinha claro propósito negocial, não se tratando de meras manobras para gerar uma economia fiscal.

Diante disso, não é cabível afirmar que a BSSF BR II seria uma empresa veículo, além do fato de que tal Empresa não teve existência efêmera e, diversamente do que afirmou o acórdão recorrido, o procedimento contábil por ela adotado para contabilização do ágio seguiu os normativos da CVM, não servindo como prova para fins de sua caracterização como empresa “veículo”;

- “ainda que se entenda que a BSSF BR II era uma empresa veículo, o que se admite apenas para fins de argumentação, fato é que a realização de investimentos por meio de uma empresa desta natureza não é coibida pela legislação. De acordo com o disposto nos artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, desde que o ágio seja gerado em operação entre partes independentes e em condições de mercado, tenha sido efetivamente pago e seja fundamentado em expectativa de rentabilidade futura - todos estes atributos encontram-se presentes no caso da Recorrente - este será dedutível para fins fiscais assim que ocorrer a absorção do patrimônio da empresa investida pela sua investidora, ou vice-versa”;

- “o propósito negocial não é um requisito previsto pela legislação brasileira como condição para a dedutibilidade fiscal do ágio. Trata-se de uma construção jurisprudencial do direito alienígena que não pode ser aplicada em nosso ordenamento jurídico, regido pelo princípio da legalidade”.

Cientificada da interposição do recurso especial do contribuinte, a PFN interpôs suas contrarrazões (**e-fls. 1.999 e seg. do e-processo**), em que alega, em apertada síntese:

- A existência do ágio não geraria o direito à sua dedutibilidade. Para ser dedutível, o surgimento do ágio deveria ser conforme demanda os requisitos legais para os eu aproveitamento fiscal;

- “Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “**na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com ágio**”. Vê-se que o verbo adquirir é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver ADQUIRIDO outra, incorporá-la ou for por ela incorporada”;

- “Desta feita, ao contrário do que defende o recorrente, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza. Deve-se lembrar que a dedutibilidade do ágio traduz uma renúncia de receita ao Estado. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva, segundo a qual ela expressamente reconhece a dedutibilidade do ágio com relação à empresa que adquire outra mediante o pagamento de ágio, e não com relação a uma empresa que recebe outra a fim de que o ágio seja transferido. Nos termos do artigo 386 do RIR/99, investidora não é a empresa que simplesmente detém um ágio, mas sim aquela que tenha **ADQUIRIDO** participação societária com ágio”;

- “Assim, em que pese o contribuinte defender que, na realidade, o ágio foi gerado no Brasil e registrado por empresa brasileira (a BSSF II), a Fiscalização constatou que, em determinado momento, a BSSF II cedeu o valor do investimento na GTA para a BSSF Air Holdings, permanecendo apenas com o ágio (amortizado na GTA)”;

- “Portanto, vê-se que a autuada não cumpriu um dos requisitos legais para a dedutibilidade do ágio. **Como não foi a real adquirente das ações, a confusão patrimonial entre as empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.** Caso a investida tivesse se confundido com a sua real adquirente, seria possível aplicar a presunção de que houve a perda dos investimentos adquiridos. Na presente lide, como não o foi, **não há presunção a ser aplicada, não há benefício fiscal a ser reconhecido”.**

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator.

As questões suscitadas pela PFN, em seu recurso especial, restam prejudicadas caso o recurso especial seja provido. Por essa razão, analiso primeiro o recurso interposto pelo contribuinte e, na sequência, o recurso da PFN.

Em seu recurso especial, o contribuinte demonstrou analiticamente a divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF. Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial, concluindo corretamente quanto à legitimidade de seu conhecimento integral.

1. O RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE. O DIREITO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “**MEP**”), conforme dispõe o art. 248 da Lei 6.404 (“Lei das SAs”). Por sua vez, “*ágios*” e “*deságios*” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte

do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

O art. 20 e seg. do Decreto-lei n. 1.598/77 passou a prever que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas ou coligadas deveriam, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas: **(i)** no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e; **(ii)** no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição.

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

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria (Decreto-lei 1.598/77, art. 25).

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

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma **fórmula operacional básica**, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado, com a redução da base de cálculo do tributo, no mínimo em 60 meses, nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

Com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário forneceu a **fórmula procedimental básica** a ser seguida para o aproveitamento dessa *opção fiscal*. Analiticamente, nos termos da Lei n. 9.532/97, a hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura requer a presença de **fatores essenciais**, que podem ser organizados da seguinte forma:

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

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

-
- Aquisição de investimento, por quaisquer das formas em Direito admitidas, com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
 - Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
 - Demonstração da expectativa de rentabilidade futura em que se funda o ágio;
 - Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido pelo MEP;
 - Absorção da pessoa jurídica com expectativa de rentabilidade futura (empresa investida) pela pessoa jurídica que registrou o ágio (empresa investidora), ou vice-versa (incorporação reversa);
 - A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
 - Aproveitamento de até 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo.

No presente caso, portanto, todos esses elementos devem estar presentes para que se legitime a dedutibilidade fiscal requerida pelo contribuinte.

Houve aquisição de investimento em dinheiro, com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio). Conforme expressa o acórdão *a quo*, “houve efetivo desembolso de dinheiro apenas pela BSSF Air Holdings, dinheiro que a partir daí circula entre as empresas veículo até chegar à GTA.”

O contribuinte também apresentou demonstrativo de que o ágio em questão estaria fundado em expectativa de rentabilidade futura. Sobre esse ponto, a fiscalização realizou inferências, no sentido de que seria intuitivo que o ágio em questão seria composto não apenas por expectativa de rentabilidade futura, mas também valor da marca, fundo de comércio etc. No entanto, tal questão passou ao largo tanto da decisão da DRJ quanto da Turma *a quo*, que fundamentaram a indedutibilidade do ágio diretamente pela utilização de empresa veículo.

É incontroverso o efetivo fluxo financeiro na aquisição de investimento em GTA, com sobrepreço (ágio). A questão controversa, como observa o i. Conselheiro relator do acórdão recorrido, é se “Houve efetivo desembolso de dinheiro apenas pela BSSF Air Holdings, dinheiro que a partir daí circula entre as empresas veículo até chegar à GTA”.

É incontroverso que houve desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido pelo MEP.

Houve a absorção da pessoa jurídica com expectativa de rentabilidade futura (empresa investida) pela pessoa jurídica que registrou o ágio (empresa investidora), ou vice-versa (incorporação reversa): a incorporação da **BSSF II** (investidora) pela **GTA** (investida) possibilitou o encontro requerido pelo legislador. Dessa forma, a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, na proporção de até 1/60, conforme requerido pelo legislador.

Portanto, o ágio em questão foi apurado em operação de aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço). Tal fato é incontroverso no presente processo administrativo, como também é incontroverso que houve efetivo pagamento (fluxo financeiro) de sobrepreço (ágio).

Não se discute que houve o efetivo desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e em ágio, bem como a amortização fiscal do ágio se processou contra os lucros da empresa investida (GTA). O aludido emparelhamento do ágio apurado com os lucros em questão foi possibilitada por absorção da empresa investidora (BSSF II) pela empresa investida (GTA). Houve, por fim, a exclusão de até 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo.

O núcleo da divergência jurisprudencial suscitada no recurso especial ora em análise consiste em saber se, sob a perspectiva tributária, haveria óbices para que investidores estrangeiros (BSSF AIR) integralizassem capital em pessoa jurídica brasileira (“BSSF I” e “BSSF II”), para a aquisição de participação relevante em empresas brasileiras (GTA), com a execução da *fórmula operacional básica* prescrita pela Lei n. 9.532/97 e a amortização fiscal do ágio apurado, à fração de 1/60 ao mês.

1.1. Reorganizações societárias que não realizem o encontro dos acervos patrimoniais da investidora e da investida: operações periféricas que não conduzem à absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com o *acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”³.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas no ínterim entre a aquisição de investimento com ágio e a absorção desta pela empresa investidora (ou vice-versa), o que exige que se compreenda qual a relevância tributária de tais operações intermediárias, periféricas, adjacentes. Em especial, a tese sustentada pela PFN exige que este Tribunal adote uma das seguintes interpretações:

1ª) As reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento são indiferentes e neutras para fins fiscais: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2ª) As reorganizações societárias em questão fazem com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

³ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

Compreendo que essas operações societárias periféricas, que não possibilitam o encontro dos acervos patrimoniais da investidora e da investida, são **indiferentes e neutras para fins de amortização fiscal do ágio**.

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

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

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

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.⁴ classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

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

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

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

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI⁵: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da compensação de prejuízos fiscais ou da *trava* de 30%, in Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, ano 10, n. 60. Belo Horizonte, 2012.

⁵ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo : MP Editora, 2014, p. 157-8.

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

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

1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais⁶ geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

⁶ EROS ROBERTO GRAU apresenta longo repertório de princípios econômicos prestigiados pela Constituição Federal: “Cumpra neles identificar, pois, os princípios que conformam a interpretação de que se cuida. Assim, enunciando-os, teremos: — a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e — valorização do trabalho humano e livre iniciativa — como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); — o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); — a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) — a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); — a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); — a garantia do direito de greve (art. 9º); — a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); — a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

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

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal⁷. Como observa EROS ROBERTO GRAU⁸, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁹, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

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

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).¹⁰ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação¹¹.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.¹² TULLIO ROSEMBUJ¹³ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no

⁷ BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁸ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

⁹ APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

¹⁰ Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

¹¹ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

¹² Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.

¹³ ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons. 1999, p. 57.

mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela¹⁴.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU¹⁵, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI¹⁶ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo un problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR¹⁷, a “*intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.*” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.**

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

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”¹⁸. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do

¹⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

¹⁶ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madri : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

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

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

“Empresa A”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“Empresa C”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Embora não exista vedação legal nesse sentido, tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da *opção fiscal* em questão.

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

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

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

Por fim, não se pode deixar de observar que, se acolhida, a tese sustentada pela PFN neste e em outros processos semelhantes, haverá uma consequência que não pode ser ignorada: aquisições realizadas com capital originalmente estrangeiro, ainda que integralizado em pessoa jurídica brasileira regularmente constituída, jamais poderiam gerar ágio passível de amortização para fins fiscais. Investimentos estrangeiros realizados no Brasil, ainda que suportem efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, jamais poderiam ser amortizados para fins fiscais.

Ocorre que discriminação dessa natureza apenas pode ser realizada por meio de lei, com decisão clara do legislador. E o que ocorre aqui é justamente o inverso.

A norma de dedutibilidade das despesas de ágio, prescrita pelos arts. 7 e 8 Lei n. 9.532/97, não discrimina o capital originalmente estrangeiro que venha a ser integralizado em empresas brasileiras para a aquisição de investimentos em outras empresas nacionais. Como se expôs acima, se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de **segurança jurídica** para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Se concluirmos, no caso em análise, que investidores estrangeiros não podem constituir uma pessoa jurídica no Brasil, integralizando-lhe capital para adquirir investimento em outra empresa brasileira com efetivo pagamento de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, *permissa venia*, agravaremos o ambiente de **insegurança jurídica e desconfiança** no sistema jurídico brasileiro, com inevitáveis danos ao País.

1.2. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A decisão recorrida pautou-se na concepção de que entidades rotuladas como “empresas veículo” (**BSSF I e BSSF II**) careceriam de “propósitos negociais”, bem como que esse caractere seria fundamental para legitimar a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

É o que se observa imediatamente da ementa do acórdão *a quo*:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.
AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito negocial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO¹⁹, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.²⁰ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO²¹ sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que sejam realizadas reestruturações societárias por razões exclusivamente tributárias: possibilitar a amortização do ágio.

Tratando-se de *economia de opção*, o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado particular, que trilha um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena de subjugar-se a competência do Poder Legislativo.

Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa), poderá, ainda que imbuída única e

¹⁹ BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

²⁰ BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.

²¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

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

2. O RECURSO ESPECIAL DA PFN. A QUALIFICAÇÃO DA MULTA E A REGRA PARA A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL.

CONHECIMENTO

Em suas contrarrazões, requer o contribuinte não seja conhecido o recurso especial da PFN, sob o fundamento de que os acórdãos indicados como paradigmas tratam de questões diversas.

Em relação à qualificação da multa, a PFN apresentou dois acórdãos paradigmas (n. 1301-001.220 e n. 101-96.724).

O acórdão n. 1301-001.220 possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

Ementa:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. BASE DE CÁLCULO. RECOMPOSIÇÃO. NECESSIDADE.

No lançamento de ofício do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro deve-se levar em conta o valor apurado pelo de contribuinte, de modo que a eventual existência de resultados negativos (prejuízo fiscal ou base negativa) deve ser considerada na determinação do saldo a tributar.

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS. SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de

inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: i) por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao RECURSO DE OFÍCIO para restabelecer a multa qualificada no percentual de 150%. Vencido o Conselheiro Valmir Sandri, o qual NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE OFÍCIO. Acompanharam o Relator, pelas conclusões, os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior; e ii) por maioria de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO.

Vencido o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, o qual DEU PROVIMENTO PARCIAL ao RECURSO VOLUNTÁRIO unicamente para determinar que na execução da presente decisão sejam cobrados juros de mora de 1% sobre a multa de ofício lançada. Designado para redigir o voto vencedor nesse ponto o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas.

Compreendo que esse acórdão realmente não serve como paradigma de divergência quanto ao caso em tela, tendo em vista que, em seu bojo, foi analisado caso em envolvendo o chamado ágio interno, em que as operações foram realizadas exclusivamente entre empresas do mesmo grupo. Foi discutido se “o ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito negocial”, concluindo-se que “os fatos retratados nos autos, à evidência, tornam inafastável a tese esposada pela autoridades autuantes na peça acusatória de que as operações realizadas pelo Grupo Econômico ESTRE visaram, única e exclusivamente, reduzir a incidência tributária por meio de despesa artificializada”.

Por sua vez, no caso sob análise, não se trata de operações entre empresas do mesmo grupo. Diferentemente do caso analisado no acórdão n. 1301-001.220, no caso ora sob julgamento é incontroverso que houve a aquisição de investimento, com sobrepreço, de empresa não pertencente ao mesmo grupo econômico.

Da mesma forma, o segundo acórdão indicado como paradigma, de n. 101-96.724, também trata de operações caracterizadas como ágio interno, em que não há a participação de terceiros:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio.

ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio.

BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados.

Nesse seguir, embora o acórdão recorrido e aqueles indicados como paradigmas tratem da amortização fiscal do ágio e a fiscalização tenha compreendido que as operações societárias não seriam legítimas, as semelhanças para por ai.

Os acórdãos indicados como paradigmas não tratam de uma operação em que houve aquisição de investimento em uma empresa não pertencente ao mesmo grupo econômico, com o pagamento de sobrepreço, o que evidencia que não se prestam à demonstração de divergência jurisprudencial. Ocorre que não haveria contradição se este Tribunal compreendesse como válidas ou mesmo não penalizável com multa qualificada as operações realizadas nos presentes autos, mas assentasse jurisprudência quanto à ilegitimidade e qualificação de multa para os casos de ágio interno, justamente porque tratam-se de situações distintas.

Por sua vez, suscita o contribuinte que os acórdãos indicados para paradigmáticos quanto à questão da decadência também tratariam de contexto diverso, em que o contribuinte não teria realizado pagamentos antecipados e, portanto, deveria ser aplicada a regra do art. 173 do CTN, conforme entendimento do e. STJ em recurso repetitivo. Contudo, no caso ora sob julgamento, a contagem do prazo de decadência pelo art. 150 ou 173 do CTN não se daria pela ausência de pagamentos, que se concretizou inclusive em face de estimativas apuradas pela sistemática de apuração anual do tributo, mas sim pela suposta prática de atos fraudulentos.

Os referidos acórdãos indicados como paradigmas seguem transcritos:

ACÓRDÃO 9101001.506

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 543B E 543C DA LEI nº 5.869/1973 CPC.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, consoante art. 62A do seu Regimento Interno, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010.

Para a contagem do prazo decadencial, o STJ pacificou entendimento segundo o qual, em havendo pagamento parcial do tributo, deve-se aplicar o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional CTN; de outro modo, em não se verificando pagamento, deve ser aplicado o seu artigo 173, inciso I, com o entendimento externado pela Segunda Turma do STJ no julgamento dos EDcl nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 674.497 PR (2004/0109Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário 9782).

ACÓRDÃO 9101-00.460

DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO LANÇAR TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. Restando configurado que o sujeito passivo não efetuou recolhimentos, o prazo decadencial do direito do Fisco constituir o crédito tributário deve observar a regra do art. 173, inciso I, do CTN. Precedentes no

STJ, nos termos do RESP nº 973.733 - SC, submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Compreendo que também quanto à decadência assiste razão ao contribuinte: evidenciado que os acórdãos tratam de substrato fático distinto, o resultado neles alcançado não represente divergência interpretativa em face do acórdão a quo, razão pela não servem como paradigmas para a interposição de recurso especial, conforme as normas regimentais.

MÉRITO

O recurso especial da PFN versa sobre a possibilidade de aplicação da multa de ofício qualificada, então prevista no art. 44, II, da Lei 9.430/96, pela prática de suposta amortização de ágio gerado indevidamente, o que caracterizaria a fraude. Além disso, inclusive como decorrência, a PFN requer seja adotada a regra do art. 173, I, do CTN, para a contagem do prazo decadencial.

Não obstante, tendo em vista a legitimidade das operações, aferidas pela análise do recurso especial do contribuinte, não é possível qualificar a multa em questão.

Assim, é relevante repisar os fundamentos da decisão recorrida, *in verbis*:

Da multa qualificada

Até o ano de 2006, o artigo 44, II da Lei nº 9.430/96 tinha a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de folio de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguiu/e;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Exigia-se então a comprovação do "evidente intuito de fraude" e remetia-se aos artigos 71 a 73 da Lei no 4.502/64.

Com o advento da Medida Provisória n 351, de 22.01.2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, passou-se a ter a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Excluiu-se, portanto, a expressão "evidente intuito de fraude", porém permanece o dever de demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

No caso dos autos, para justificar a imputação da multa qualificada, o Auditor-Fiscal apenas repete a descrição das operações realizadas pelo contribuinte, afirmando que por isso teria ocorrido simulação e, portanto, fraude, conforme definida no artigo 72 da Lei nº 4.502/64:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Não creio que isso seja suficiente. A imposição da multa de 150% requer a demonstração de que houve a intenção de fraudar o Fisco (até 2006, tal intenção tinha que ser "evidente"), pois a conduta que leva ao reconhecimento da ocorrência de uma infração tributária não implica necessariamente que também tenha sido infringida norma penal.

Deveria ter o autuante demonstrado que os atos praticados pelo contribuinte subsumem-se ao tipo penal encartado naquele dispositivo legal, apontando como o contribuinte teria agido dolosamente para impedir a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar as suas características essenciais com vistas a reduzir o tributo devido, ou diferir seu pagamento.

A fraude não se presume do simples fato de que as operações realizadas não tinham substância econômica e tinham apenas o intuito de economizar tributo. A conduta deve ser tal que implique em algum nível de falsidade, uma intenção de enganar, como se depreende dos artigos 1º, II e 2º, I da Lei nº 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

(...)

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

No caso dos autos, entendo que não houve a necessária comprovação de que as operações realizadas tinham a intenção de fraudar o Fisco, de encobrir a verdade ou de simular ato jurídico.

Ausentes os requisitos permissivos da qualificação da multa de ofício, ela deve ser reduzida ao percentual de 75% como bem entendeu a decisão recorrida.

Da decadência relativa ao ano-calendário de 2004

O artigo 150, §4º estabelece que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso nestes autos, o Fisco tem 5 anos,

contados a partir da ocorrência do fato gerador, para homologar ou não a atividade exercida pelo contribuinte, que consiste em apurar e pagar o tributo devido:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Passados os 5 anos sem que o Fisco se pronuncie sobre a atividade exercida pelo contribuinte, opera-se a decadência do seu direito de constituir crédito tributário adicional. Aquele constituído pelo próprio sujeito passivo.

Há duas circunstâncias que excepcionam essa regra e levam à aplicação do artigo 173, I: uma é a existência de dolo, fraude ou simulação; e a outra é a apuração de tributo devido desacompanhada do pagamento "antecipado", pagamento este que compõe a atividade a ser homologada pela autoridade tributária. Em ambos os casos, o prazo inicial de contagem da decadência desloca-se para o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o crédito poderia ser lançado.

O contribuinte, no caso em questão, utilizou-se da apuração anual do IRPJ e da CSLL no ano de 2004, como lhe facultava a lei, e por isso o fato gerador de ambos os tributos ocorreu no dia 31 de dezembro daquele ano, sendo o prazo final para a constituição do crédito pelo Fisco, a princípio, o dia 31.12.2009.

Cabe, então, verificar se ocorreu uma das hipóteses excepcionadoras anteriormente citadas, que poderiam deslocar a data final para 31.12.2010.

Primeiramente, a existência de pagamento.

Verifica-se que há pagamentos de estimativa (fls. 1.257 a 1.260), porém nenhum recolhimento a título de ajuste anual (fls. 1.261 e 1.262).

Verificando a declaração do ano-calendário de 2004 (fls. 1.250 a 1.256), é possível constatar-se que o contribuinte não apurou valor a pagar de IRPJ ou CSLL no ajuste anual, e por isso a atividade de que trata o artigo 150 do CTN esgotou-se na própria declaração. Permanece, sob esse prisma, o marco inicial da contagem do prazo decadencial como sendo 31.12.2004.

Tampouco ficou demonstrada a existência de dolo, fraude ou simulação, como ficou esclarecido quando da apreciação da imposição da multa qualificada. Também sob esse ângulo a data inicial de contagem (31.12.2004) se mantém, encerrando-se em 31.12.2009.

Como o lançamento aperfeiçoou-se apenas em 24.06.2010, com a ciência do contribuinte, foi ultrapassada aquela data fatal, que fulmina o direito de lançar.

Conclui-se, portanto, pela ocorrência da decadência no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2004, tanto no que se refere ao IRPJ como CSLL, esta última em virtude do teor da Súmula Vinculante no 8, do STF.

Confirmo, portanto, a exclusão do lançamento procedida na decisão recorrida, quanto aos valores exigidos do ano-calendário de 2004.

Compreendo que a decisão recorrida não merece reparos aos afastar a incidência da multa qualificada, bem como ao reconhecer a decadência relacionada ao ano-calendário de 2004.

Não se pode afirmar ter o contribuinte agido com o dolo para evasão de tributos, inclusive porque os atos por ele praticados eram à época, bem como ainda o são atualmente, reputados como legítimos por boa parte da doutrina especializada.

Por sua vez, tendo o contribuinte realizado pagamento de tributos nos períodos em questão, notadamente em face da apuração de estimativas mensais, bem como ausente o referido dolo para a evasão de tributos, deve ser afastada a aplicação da regra presente no art. 173 do CTN. Vale observar, contudo, que o Colegiado compreendeu de forma diversa, qual seja, que o dolo para a evasão de tributos, estava presente, de forma a atrair, portanto, a incidência da regra decadencial do referido art. 173 do CTN.

Por todo o exposto, voto, portanto, por CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte, bem como para NÃO CONHECER e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial interposto pela PFN.

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator Designado.

Não obstante o substancioso voto do I. Relator, a quem sempre renderei homenagens, peço vênias para divergir em três pontos:

1º) a admissibilidade do recurso da PGFN, no que se refere à qualificação de multa de ofício;

2º) quanto ao mérito do recurso da Contribuinte, que pugna pela possibilidade de amortização de ágio;

3º) quanto ao mérito do recurso da PGFN, que pugna pelo restabelecimento da qualificação da multa de ofício.

Passo ao exame dos pontos.

I. Admissibilidade. Recurso PGFN. Qualificação da Multa de Ofício.

Em relação à admissibilidade do recurso da PGFN, sobre a qualificação da multa de ofício, entendo não haver reparos na análise efetuada pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1681/1691, cujo excerto transcrevo e adoto como razão de decidir ²²:

1) Multa de Ofício Proporcional Qualificada

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos dos acórdãos apresentados como paradigmas:

Acórdão nº1301-001.220, de 09.05.2013:

MULTA. QUALIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

Se os fatos retratados nos autos deixam foram de dúvida a intenção do contribuinte de, por meio de atos societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos, descabe afastar a qualificação da penalidade promovida pela autoridade autuante.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E PROPÓSITO NEGOCIAL. AUSÊNCIA.

Se os elementos colacionados aos autos indicam que a despesa de ágio apropriada no resultado fiscal derivou de operações que, desprovidas de substância econômica e propósito negocial, objetivaram, tão-somente, a redução das bases de incidência das exações devidas, há de se restabelecê-las, promovendo-se a glosa dos referidos dispêndios.

Acórdão nº 101-96.724, de 28.05.2008:

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que a simulação justifica a aplicação da multa qualificada pela a intenção do contribuinte de, por meio de atos

²² Vide art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999 ²², que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

societários diversos, desprovidos de substância econômica e propósito negocial, reduzir a base de incidência de tributos.

Consta no voto condutor do acórdão recorrido:

A imposição da multa de 150% requer a demonstração de que houve a intenção de fraudar o Fisco (até 2006, tal intenção tinha que ser "evidente"), pois a conduta que leva ao reconhecimento da ocorrência de uma infração tributária não implica necessariamente que também tenha sido infringida norma penal.

Deveria ter o autuante demonstrado que os atos praticados pelo contribuinte subsumem-se ao tipo penal encartado naquele dispositivo legal, apontando como o contribuinte teria agido dolosamente para impedir a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar as suas características essenciais com vistas a reduzir o tributo devido, ou diferir seu pagamento.

A fraude não se presume do simples fato de que as operações realizadas não tinham substância econômica e tinham apenas o intuito de economizar tributo. A conduta deve ser tal que implique em algum nível de falsidade, uma intenção de enganar, como se depreende dos artigos 1º, II e 2º, I da Lei nº 8.137/90: [...]

No caso dos autos, entendo que não houve a necessária comprovação de que as operações realizadas tinham a intenção de fraudar o Fisco, de encobrir a verdade ou de simular ato jurídico.

Ausentes os requisitos permissivos da qualificação da multa de ofício, ela deve ser reduzida ao percentual de 75% como bem entendeu a decisão recorrida.

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que não havendo o autuante demonstrado a ocorrência de fraude, que imputa à conduta do contribuinte para fins de qualificação da multa de ofício, deve esta ser reduzida para 75%.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pela PGFN.

De fato, em cognição atinente ao exame de admissibilidade, evidencia-se que os acórdãos paradigma e o recorrido apresentam situações semelhantes, em relação às reorganizações societárias empreendidas, com utilização de empresas sem substância econômica, tidas como artificiais, que permitiriam, em tese, a construção do suporte fático previsto para a amortização da despesa de ágio. Contudo, enquanto as decisões paradigma entenderam que as construções societárias guardavam a intenção específica de reduzir a base de incidência tributária, a decisão recorrida não acolheu tal interpretação.

Portanto, voto no sentido de conhecer do recurso da PGFN.

II. Mérito. Recurso Contribuinte. Despesa de Amortização de Ágio.

O voto apresenta 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 escritural²³. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

²³ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores

(Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão ²⁴.

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 1997 ²⁵, 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.

²⁴ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

²⁵ 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.

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 SCHOUERI²⁶ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista²⁷ 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

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

²⁷ 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.

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 transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

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

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior,

mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99²⁸.

²⁸ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 ATALIBA²⁹.

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

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

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

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

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

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida

²⁹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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. SCHOUERI³⁰, 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 consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

8. Consolidação

³⁰ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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.

Para fins didáticos, os números envolvidos nas operações serão arredondados.

Trata-se de operação envolvendo os agentes GRUPO GOL LINHAS AÉREAS ("GRUPO GOL") e GRUPO FUNDO AIG ("GRUPO AIG").

No caso em análise, o GRUPO AIG adquire participação societária do GRUPO GOL (empresa GTA).

A situação societária antes da transação envolvia a seguinte estrutura:

1º) no GRUPO GOL, a AUREA controla a GTA, todas empresas no Brasil;

2º) no GRUPO AIG, a BSSF CAYMAN (com sede no exterior), controla a BSSF BR I (holding no Brasil), que por sua vez controla a BSSF CAYMAN BR II (holding no Brasil).

Em 20/01/2003, são estabelecidos termos e condições do ingresso do GRUPO AIG no capital social da GTA.

Em 21/02/2003, a BSSF CAYMAN aumentou o capital social da BSSF BR I na ordem de R\$93 milhões. Na sequência, a BSSF BR I aumentou o capital social da BSSF BR II no mesmo valor.

No mesmo dia, a GTA aprovou aumento de capital na ordem de R\$93 milhões, cujas ações foram totalmente subscritas pela BSSF BR II, com sobrepreço, vez que o valor do patrimônio líquido das ações adquiridas era de R\$7,3 milhões.

A BSSF BR II passou a ser titular de 12,73% da totalidade das ações da GTA, e registrou ágio na ordem de R\$85,7 milhões (diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido).

No ano seguinte, em 29/02/2004, ocorre a incorporação da BSSF BR I pela BSSF BR II. Na sequência, consuma-se a incorporação da BSSF BR II pela GTA, evento que entendeu a Contribuinte ser permissivo da amortização do ágio.

São os fatos.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

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

A pessoa jurídica **investidora** é o BSSF CAYMAN, que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento GTA com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foi o BSSF CAYMAN a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a empresa GTA.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a BSSF BR II e a GTA, ou seja, sem a presença da real investidora, o BSSF CAYMAN.

O fato de a BSSF BR II ter recebido o aporte de recursos da BSSF BR I (que por sua vez recebeu os recursos do exterior), não lhe confere, na acepção do dispositivo normativo em análise, em nenhum momento, a condição de **investidora**.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Aspecto que merece registro é a efemeridade das empresas BSSF BR I e BSSF BR II, conforme aduzido no voto da decisão recorrida:

Caso houvesse efetuado diretamente o investimento na GTA, a situação final seria a mesma — porém, o ágio não poderia ter sido amortizado, pois teria sido pago por empresa domiciliada no exterior, e não teria ocorrido o evento societário de incorporação.

Houve efetivo desembolso de dinheiro apenas pela BSSF Air Holdings, dinheiro que a partir daí circula entre as empresas veículo até chegar à GTA.

Há uma clara vantagem tributária na forma indireta com que a operação foi realizada, e o papel das empresas BSSF I e II como veículo fica claro, já que atuaram verdadeiramente como um canal de passagem para que a situação final se concretizasse.

A afirmação da defendente de que a BSSF II não foi criada com a única finalidade de adquirir investimento na GTA não tem sustentação nos fatos. Nas DIPJ dos anos-calendário 2003 e 2004 (fls. 445 a 464) é possível verificar que o investimento na GTA foi o único realizado pela BSSF II (consta resultado de equivalência patrimonial) — e a BSSF I tem apenas investimento na BSSF II (fls. 332 a 351). O fato de o Grupo Fundo AIG, que incluía na época dos fatos a BSSF II, ter investido em outras empresas brasileiras não invalida tal conclusão.

A existência por pouco mais de um ano das sociedades BSSF I e II pode, sim, ser considerada efêmera, pois empresas são criadas, a princípio, para ter existência duradoura. Certamente o interesse de uma empresa que adquire investimento em outra seria mantê-lo e usufruir dos resultados da investida ao longo do tempo.

De todo modo, efêmeras não são apenas as sociedades criadas e extintas em poucos dias, mas, como aliás afirma a própria defendente, são aquelas criadas para serem extintas tão logo cumpram o seu papel, ou seja, não tem razão de existir após o cumprimento da finalidade para a qual foram criadas, o que se revelou ser o caso das BSSF I e II.

A incorporação de uma "holding" por uma empresa de transportes aéreos, dada a disparidade entre seus objetos sociais, não pode ser facilmente justificada com base em uma "maior integração e unidade administrativa, comercial e financeira" ou "redução de custos operacionais", como bem aponta o autuante. Que custos operacionais tão relevantes tinha a BSSF II, que não possuía sequer funcionários, nem efetivava "operações" outras senão deter participação na GTA (na sua DIPJ do ano de 2003 encontramos como total de despesas operacionais o valor ínfimo de R\$ 1.228,95). Que unidade comercial pode haver entre empresas de ramos tão distintos?

(...)

Resta evidente a utilização da empresa BSSF II como veículo para permitir que a aquisição pela BSSF Air Holdings de investimento em empresa brasileira resulte na amortização do ágio, que de outra forma não seria possível.

Constata-se, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). É incontroversa a utilização de empresas sem nenhuma substância (BSSF BR II, que não tinha funcionários, com única operação a participação na GTA e despesa operacional de R\$1.228,95), com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável.

Portanto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Contribuinte em relação à glosa de despesa de amortização de ágio.

III. Mérito. Recurso da PGFN. Qualificação da Multa de Ofício.

Conforme já relatado no tópico anterior, restou demonstrada a utilização de empresa artificial, sem substância econômica, visando deliberadamente a redução da carga tributária.

As conclusões apresentadas no Termo de Encerramento de Fiscalização não merecem reparos (e-fls. 917/918):

Um dos aspectos importantes é o fato da BSSF I e II, constituídas em 30/12/2002, permanecer desde sua constituição até suas incorporações consecutivas (BSSF II incorpora BSSF I em 28/02/04, BSSF II cede sua participação na GTA para a BSSF AIR HOLDING e BSSF II é incorporada pela GTA em 29/02/04), sem qualquer atividade, como já explanado no item anterior. O capital da BSSF I e II permaneceu durante o período inalterado e igual em aproximadamente R\$ 93 milhões. Além disso, não empreendeu qualquer movimentação financeira,

incluindo pagamentos a funcionários ou diretoria. Ademais, não consta, inclusive, nenhuma informação de empregados na empresa, conforme as DIPJ apresentadas. Pelo que foi exposto acima, constata-se que a BSSF I E II foram constituídas apenas como "empresa veículo" para esdrúxula e ilicitamente carrear o ágio gerado em empresa estrangeira para o Brasil, de forma que fosse posteriormente utilizado para redução do lucro apurado na própria empresa em que o mesmo ágio foi gerado, qual seja, a GTA.

(...)

O ato relevante seguinte foi a simples incorporação da BSSF II pela empresa da qual detinha ações (GTA) e o início da amortização do ágio gerado em sua aquisição por empresa domiciliada no exterior, adicionado àquele consubstanciado no Laudo de Avaliação, quando da capitalização da GTA e da GLAI.

Os fatos acima descritos evidenciam a simulação de uma complexa operação envolvendo diversas empresas sediadas no Brasil e uma no exterior, com a finalidade de iludir o fisco, cujo único resultado no "mundo real" foi a redução ilícita no lucro da GTA. A tentativa de internalização do ágio pago restou infrutífera, porquanto ele permaneceu indiretamente sob o controle da sociedade de Cayman.

Ora, o *plus* na conduta é evidente, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT³¹:

O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.

Sobre o elemento cognitivo, BITENCOURT³² discorre com didática:

Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada

Sobre o elemento volitivo, são claros os ensinamentos³³:

A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexa causal. A vontade pressupõe a

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 267.

³² BITENCOURT, 2007, p. 269.

³³ BITENCOURT, 2007, p. 269.

previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.

O caso em debate trata de operações empreendidas mediante utilização de empresa de papel, criada artificialmente e especificamente para consumir o aproveitamento de uma despesa fictícia. Presentes, sem sombra de dúvidas, os elementos volitivo e cognitivo.

Cabe, portanto, ser **restabelecida a qualificação da multa de ofício.**

Como decorrência do restabelecimento da multa de ofício, o Colegiado assentou, por unanimidade, que a contagem do prazo decadencial passa a seguir o disposto no art. 173, inciso I, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)

Enfim, aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

IV. Conclusão.

Diante do exposto, o presente voto é no sentido de **conhecer** do recurso da PGFN, e, no mérito, **negar provimento** ao recurso da Contribuinte e **dar provimento** ao recurso da PGFN.

(assinatura digital)

André Mendes de Moura