



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

Processo nº 16643.720001/2011-18
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.188 – 1ª Turma
Sessão de 20 de janeiro de 2016
Matéria Amortização de ágio
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Decisão dos membros do colegiado: 1) Recurso Especial da Fazenda Nacional conhecido por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. 2) Quanto ao mérito do tema Ágio, por maioria de votos, recurso provido, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. Quanto à Qualificação da Multa, por unanimidade de votos, foi decidido pelo retorno dos autos à Turma Recorrida para novo julgamento. Os Conselheiros Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada), Cristiane Silva Costa e Luís Flávio Neto apresentarão Declaração de Voto.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - *Presidente*

(Assinado digitalmente)

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO - *Relator*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO, RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 03/04/2013, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência jurisprudencial quanto à dedução de despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1402-001.310, de 05/12/2012, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, deu provimento a recurso voluntário da contribuinte acima identificada, para fins de admitir a dedução da despesa de amortização de ágio, e, conseqüentemente, cancelar a autuação fiscal.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Cumprida essas premissas, cancela-se a glosa.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL REGULAR. UTILIZAÇÃO

DE EMPRESA VEÍCULO. É regular o planejamento, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que não tenha resultado em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo.

Recurso Voluntário Provido.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos quanto à matéria acima referida.

Para o processamento de seu recurso, a PGFN desenvolve os argumentos descritos a seguir:

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE

- a fim de melhor entender a “engenharia societária” adotada pelo grupo ACHÉ para a aquisição da BIOSINTÉTICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

- 28/09/2005 - as empresas ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHÉ, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);

- 17/10/2005 - as empresas ACHÉ e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTÉTICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHÉ passa a deter o controle societário da BIOSINTÉTICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;

- 30/11/2005 - a ACHÉ subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTÉTICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHÉ “cobra” da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTÉTICA no valor de R\$ 437.552.361,10;

- 31/03/2006 – a BIOSINTÉTICA incorpora a DELTA, absorve o ágio “pago” por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;

- não houve qualquer justificativa fático-negocial determinante das operações societárias que culminaram com a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA;

- não se verifica propósito outro que não fosse obstaculizar o recolhimento de tributos, notadamente com a utilização de empresa veículo (DELTA), contudo, outro foi o entendimento do acórdão objurgado;

- em caso análogo ao presente, a extinta Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes externou conclusão jurídica diversa, em acórdão cuja ementa segue abaixo transcrita:

Acórdão nº 101-00.120

ASSUNTO: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA.

Ano-calendário: 2003 a 2006.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/03/2016 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 18/03/2016 por LIVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ementa: IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - INCORPORAÇÃO DE EMPRESA - Operações estruturadas, realizadas em curto espaço de tempo, com abuso de forma e de direito, visando à constituição de ágio para posterior aproveitamento como despesa dedutível quando da incorporação de empresa veículo, subsume-se à hipótese de simulação, não devendo, portanto, produzir o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo, qual seja, a sua dedução para efeitos fiscais.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE - Comprovado, pelo conjunto dos atos praticados pelas partes envolvidas a ocorrência de simulação, impõe-se a glosa das despesas daí decorrentes.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL - A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica aplica-se, no que couber, ao lançamento decorrente, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Recurso Voluntário Improcedente.

- a lide no presente caso cinge-se à (im)possibilidade de dedução do ágio pago no cálculo do lucro real. Nos casos confrontados, tratava-se de discutir a legalidade/legitimidade de operação societária mediante a qual, o ágio amortizado por determinada empresa nasceu mediante operação entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa "veículo", sem importar em dispêndio de recursos, e resultando na projeção da sua própria rentabilidade. Ou seja, nas hipóteses vertentes, o valor amortizado por determinada empresa decorreu da rentabilidade dela própria, operação essa possibilitada por empresa "veículo", que não apresentou qualquer atividade operacional e extinta após certo intervalo de tempo;

- enquanto o acórdão recorrido não vislumbrou qualquer irregularidade nessas operações societárias, o primeiro paradigma entendeu como procedente a glosa da amortização do ágio pago pela incorporada, na aquisição do investimento efetuado na incorporadora, quando provado que a incorporada não se constitui numa sociedade empresária, na medida em que não exerce qualquer atividade operacional, e que tem o seu patrimônio formado quase que exclusivamente pelo investimento na incorporadora e pelo ágio. Entendeu configurada a utilização e interposição de pessoa jurídica, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora;

- cabe ainda apontar como paradigma o Acórdão nº 1302-000.834, da lavra da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção, *verbis*:

Acórdão nº 1302-000.834

[...]

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica.

[...]

- *in casu*, o dissídio jurisprudencial decorre do fato de que, diante de casos análogos, isto é, em face de situações nas quais se verificou que a apropriação de ágio ocorreu

por empresa diversa daquela que incorreu no suposto sobrepreço, o paradigma, ao contrário do que fez o acórdão recorrido, ratificou a conclusão da auditoria fiscal no sentido da ilicitude da dedução do ágio, considerando-se, dentre outros argumentos, que inexistia na legislação norma que autorize transferência da despesa de ágio em momento posterior à aquisição da participação societária por pessoa jurídica que não arcou com o seu pagamento;

REGULARIDADE DA GLOSA

Falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio - redução do prejuízo fiscal

- o acórdão recorrido, quanto a essa matéria, subordinou inteiramente seu destino à sorte da (in)correção da dedutibilidade da despesa do ágio, não indicando qualquer argumento autônomo para seu provimento;

- quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto;

- tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;

- de acordo com o citado artigo 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente "mais valia" na apuração do IRPJ e da CSLL;

- por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma "ficção fiscal". A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos, uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento);

- tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida;

- para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por

fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração;

- vale destacar que, para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil;

- a aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio;

- corroborando com esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM - emitiu o Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial);

- ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.

- a aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL;

Especificidades do Presente Processo que Soterram os Argumentos Encampados pelo Acórdão Recorrido

- dentre os aspectos que impedem o ágio registrado pela BIOSINTÉTICA de ser dedutível, cita-se aquele que fora ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, qual seja: ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem;

- para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento;

- em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa;

- uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a

aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- com a incorporação da DELTA pela BIOSINTÉTICA, não houve o encontro num mesmo patrimônio do ágio pago pelas quotas da BIOSINTÉTICA com o própria BIOSINTÉTICA. Quem efetivamente adquiriu a BIOSINTÉTICA não a incorporou;

- nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa;

- quem de fato arcou com o pagamento do ágio da participação societária da BIOSINTÉTICA foi a ACHÉ;

- mesmo com a transferência do referido ágio para a DELTA, essa "mais valia" nunca saiu do patrimônio de seu adquirente originário, a ACHÉ;

- o propósito negocial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pela BIOSINTÉTICA se encontram na operação societária realizada entre os antigos sócios da BIOSINTÉTICA e a ACHÉ. A integralização do aumento do capital da DELTA pela ACHÉ apenas significou a transferência desse ágio; não a sua criação, o seu surgimento;

- quanto ao propósito negocial que deu origem ao ágio, como dito pelo contribuinte, a aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA decorreu do intuito do grupo ACHÉ de ampliar sua participação no mercado de medicamentos ("market share"), e, assim, se tornar a maior indústria farmacêutica brasileira;

- desta feita, com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, tem-se que o propósito negocial do ágio decorrente da compra da participação societária da BIOSINTÉTICA se constitui no grande interesse do grupo ACHÉ de expandir suas atividades no Brasil por meio da BIOSINTÉTICA. O interesse no patrimônio tangível e intangível da BIOSINTÉTICA justificou, assim, o pagamento da "mais valia" pelo grupo ACHÉ;

- acerca do substrato econômico do ágio, esse aspecto é ainda mais inegável. A transferência de riquezas que deu origem ao ágio relacionado à participação sobre a BIOSINTÉTICA ocorreu de fato entre a ACHÉ e os antigos sócios da BIOSINTÉTICA;

- com isso, mostra-se que o ágio registrado pela BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pela ACHÉ quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA. Foi a ACHÉ quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição;

- da criação desse ágio não participaram em nenhum momento nenhuma das empresas envolvidas na operação societária que deu ensejo a dedução de sua amortização. Nem a BIOSINTÉTICA, nem a DELTA, arcaram de fato com o pagamento da "mais valia" registrada, assim como sequer possuíam propósito negocial ao seu registro;

- tal aspecto, na realidade, é incontroverso nos presentes autos, haja vista que o próprio contribuinte defende a legitimidade do ágio amortizado justamente na operação de compra da participação societária da BIOSINTÉTICA pela ACHÉ;

- definida a titularidade do ágio aqui discutido na pessoa da ACHÉ, demonstrar-se-á agora que a "mais valia" por ela paga nunca saiu do seu patrimônio, mesmo após a sua transferência a DELTA;

- por certo, mesmo com a transferência do ágio a outra empresa do mesmo grupo econômico, o ágio pago pela ACHÉ em face da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA permaneceu intocável em seu patrimônio, só que travestido em ações de outra controlada (a empresa DELTA), não mais como o ágio da compra da BIOSINTÉTICA em si;

- por exemplo, com a integralização do aumento de capital da DELTA, a ACHÉ trocou no ativo de seu patrimônio, pelo mesmo valor, as quotas e o ágio que possuía da BIOSINTÉTICA pela participação societária da DELTA. Com as posteriores operações societárias realizadas, a ACHÉ nunca se desfez do ágio adquirido, apenas o transformou formalmente em investimentos em outra controlada;

- assim, mesmo tendo havido a integralização do aumento do capital da DELTA pela ACHÉ com as quotas da BIOSINTÉTICA, o ágio pago pela ACHÉ nunca foi de fato transferido à sua controlada. A expectativa do retorno em face do ágio adquirido pela ACHÉ nunca restou extinta. Ainda que de forma indireta, o ágio originalmente pago pela ACHÉ sempre teve seu retorno garantido a ela;

- por essa razão, tem-se que o ágio registrado na DELTA significou um mero "reflexo contábil" do ágio originalmente pago pela ACHÉ;

- ante os dois pontos aqui expostos, demonstra-se que o ágio registrado na BIOSINTÉTICA com a incorporação da DELTA não se encaixa no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99;

- o ágio decorrente da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA **foi criado pela ACHÉ**, e do patrimônio dessa empresa **nunca saiu**. Sendo exclusivo da ACHÉ, esse ágio não há como ser aproveitado nos termos do artigo 386 do RIR/99 numa operação societária realizada entre suas controladas. O imprescindível encontro entre o ágio e o investimento que lhe deu causa se mostra assim impossível;

- nesse diapasão, destaca-se que a única possibilidade de o ágio decorrente da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA ser dedutível ocorreria caso essa "mais valia" encontrasse a própria BIOSINTÉTICA. E como poderia ocorrer essa possibilidade? Como muito bem destacado pelo Termo de Verificação Fiscal, caso a ACHÉ tivesse incorporado a BIOSINTÉTICA, ou vice-versa;

- a ACHÉ, na verdade, tentou transformar o ágio por ela pago quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA em uma verdadeira "moeda de dedução", a qual poderia ser transmitida por ela a quem ela quisesse. A ACHÉ tentou "autonomizar" o ágio. Sem maiores delongas, é evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;

- por fim, destaca-se que, caso seja admitida a possibilidade da transferência do ágio pago pela ACHÉ para a DELTA, ter-se-á que se admitir também a existência de duas situações, no mínimo, curiosas (para não qualificar de outra forma);

- em primeiro lugar, estará sendo admitido que a ACHÉ, ao integralizar o aumento de capital da DELTA com as quotas da BIOSINTÉTICA, apure ganho de capital, mesmo tendo ela "alienado" essas quotas pelo mesmo valor que as adquiriu (custo de aquisição);

- com efeito, como o ganho de capital nada mais é do que a outra face da moeda que contém o ágio, se a DELTA teoricamente suportou um ágio quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA, não há como negar que a ACHÉ teve que registrar

um ganho de capital decorrente dessa operação. Contudo, observando os números envolvidos na aquisição da BIOSINTÉTICA pelo grupo ACHÉ desde o seu início, percebe-se que a ACHÉ cedeu à DELTA as quotas que possuía da BIOSINTÉTICA pelo mesmo valor que pagou aos antigos sócios dessa última empresa (R\$ 491.200.000,00);

- como segunda consequência curiosa, tem-se que a transferência do ágio permite que essa "mais valia" possa ser aproveitada de forma fiscal por mais de uma empresa, mesmo tendo ele sido efetivamente pago somente uma única vez;

- como demonstrado anteriormente, a transferência do ágio a outra empresa não cancela o pagamento dessa "mais valia" no patrimônio de quem o efetivamente pagou. Assim, tanto o "ágio real" como o seu "reflexo contábil" poderiam ser amortizados a qualquer tempo, a depender, lógico, do cumprimento dos requisitos formais estipulados pela legislação;

- no caso concreto, como o ágio pago sobre as quotas da BIOSINTÉTICA nunca saiu do patrimônio da ACHÉ (ágio real), mesmo após a amortização do "reflexo contábil" desse ágio pela BIOSINTÉTICA após a incorporação da DELTA, nada impede que esse "ágio real" seja posteriormente amortizado pela ACHÉ, por exemplo, com a eventual incorporação dessa empresa pela BIOSINTÉTICA, ou vice-versa;

Da simulação cometida pelo contribuinte. Qualificação de multa de ofício

- como já destacado em item anterior, o contribuinte, juntamente com as outras empresas que fazem/faziam parte do seu grupo empresarial, tentaram aproveitar de forma fiscal um ágio de forma indevida, transferindo-o de quem o efetivamente pagou para outra empresa. Para tanto, eles praticaram uma série de operações simuladas, ou seja, que existiram somente no papel, não na realidade;

- voltando a compulsar as operações societárias realizadas pelo grupo ACHÉ, percebem-se duas vontades:

a) uma vontade declarada - aquisição de um investimento com ágio pela DELTA traduzido no valor de mercado da participação societária da BIOSINTÉTICA calculado na previsão de rentabilidade futura dessa última empresa, seguida da incorporação de uma empresa pela outra; e

b) uma vontade real - criação de um investimento artificial na DELTA a fim de aproveitar de forma fiscal um ágio que não foi suportado por nenhuma das duas empresas que participaram da incorporação final;

- embora tenha sido declarado que as quotas da BIOSINTÉTICA foram adquiridas pela DELTA, e que, posteriormente, a primeira incorporou a segunda, na realidade, tanto o investimento como a incorporação nunca existiram;

- nos termos do artigo 167, parágrafo 1º, inciso II, do Código Civil Brasileiro, o investimento e a posterior incorporação foram dois negócios simulados em razão de seus conteúdos não serem verdadeiros;

- embora a BIOSINTÉTICA tenha declarado que o ágio por ela amortizado decorria de uma verdadeira aquisição de investimento pela DELTA, pelos trabalhos da Fiscalização se evidenciou que não houve investimento nenhum. O ágio foi criado artificialmente e com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal indevido;

- essa diferença entre a vontade declarada (investimento e incorporação) e a vontade real (transferência de ágio) caracteriza a simulação praticada pela BIOSINTÉTICA com o fim exclusivo de conseguir um indevido benefício fiscal;

- assim, a simulação (desvirtuamento da vontade declarada) caracterizada pelo lançamento, em que pese se referir ao ágio pago pela ACHÉ quando da aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA, fora materializada com o posterior aumento do capital da DELTA com essas quotas e a seguida incorporação dessa empresa pela BIOSINTÉTICA;

- conforme já explanado, uma vez tendo sido o ágio transferido, não há como essa "mais valia" ser encaixada no benefício fiscal previsto no artigo 386 do RIR/99. Tendo o grupo ACHÉ optado por essa forma de aquisição da participação societária da BIOSINTÉTICA (aquisição + transferência), não há como ele tentar amortizar a despesa com o ágio por meio do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Diferentemente seria se a ACHÉ tivesse incorporado a BIOSINTÉTICA, ou vice-versa;

- por essa razão que se diz que o contribuinte, juntamente com o seu grupo, mediante a simulação praticada, gozou o melhor de dois mundos: não alterou a sua situação patrimonial, e pôde amortizar o ágio pago sobre sua própria participação societária (como se ela tivesse sido extinta no patrimônio de sua controladora);

- outros pontos importantes também atestam a conduta fraudulenta do contribuinte. Analisando a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHÉ, observa-se que a DELTA foi utilizada como verdadeira "empresa veículo", ou seja, o aumento do capital dessa empresa visou unicamente à criação artificial do ágio. Esse fato, inclusive, é confessado pelo contribuinte em inúmeros trechos de suas defesas;

- a DELTA, na realidade, nunca existiu. Ela foi constituída pelo grupo ACHÉ exclusivamente para participar da aquisição da BIOSINTÉTICA e, assim, permitir a dedução do ágio pago, ou seja, a sua transferência para outra empresa distinta daquela que o efetivamente suportou;

- sendo a DELTA uma "empresa veículo", por consequência lógica tem-se que o investimento nela realizado pela ACHÉ e a sua incorporação pela BIOSINTÉTICA nunca existiram de verdade. Foram todos atos simulados;

- olhando as operações societárias como "um filme", vê-se que a participação da DELTA não teve qualquer outra finalidade, ou consequência, senão tornar o ágio pago pela ACHÉ amortizável pela BIOSINTÉTICA, sem que o patrimônio dessa última empresa fosse unido ao da primeira;

- no que tange à redução do imposto pago pela BIOSINTÉTICA, esta também é evidente. Com a sequência de operações societárias realizadas, a BIOSINTÉTICA tornou certa uma rentabilidade futura e incerta, além de tê-la excluído da tributação do IRPJ e da CSLL;

- como consequência da incorporação, a BIOSINTÉTICA considerou perdido o lucro futuro e incerto que ela própria poderia ter auferido, e, em razão da exclusão desse investimento nela mesma, considerou que o artigo 386 do RIR/99 a permitiria deduzir a amortização desse ágio em sua conta de resultado;

- em outros termos, a BIOSINTÉTICA considerou como perda o cancelamento de um lucro próprio! Como já explanado, essa não é a intenção da legislação tributária aplicável;

- ao analisar a reorganização societária executada, vê-se claramente que a razão para a criação do ágio não foi econômica, mas sim exclusivamente tributária;

- 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. Com a simulação praticada, o sujeito passivo tentou amortizar a perda de um investimento inexistente;

- a fraude, correspondente à atitude dolosa do contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada ante os inúmeros fatos aqui apontados. Por meio de negócios simulados, o contribuinte tentou amortizar um ágio a despeito do que prevê a legislação vigente;

- por fim, quanto ao conluio, este é inegável uma vez que a reorganização societária envolveu todas as pessoas jurídicas que fazem/faziam parte do grupo ACHÉ. Não fosse o esforço conjunto de todas as empresas integrantes desse grupo, a simulação praticada não seria possível ser concretizada;

- acerca da qualificação da multa de ofício, citam-se os seguintes julgados deste Conselho que se coadunam com o raciocínio aqui exposto:

Acórdão nº 1202-00.753

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. OPERAÇÃO INTERNA. SIMULAÇÃO. GLOSA.

A criação de ágio por meio de reorganização societária entre empresas do mesmo grupo econômico, pautada em fortes indícios, além de prova direta da ocorrência de simulação revela-se artificial e não gera direito à dedução das respectivas despesas de amortização.

MULTA QUALIFICADA.

A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício.

Acórdão nº 101-96.724

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.

- ante o exposto, requer a Fazenda Nacional que seja conhecido o presente recurso, face à observância aos requisitos de admissibilidade (art. 67, do Anexo II, do RICARF

aprovado pela Portaria MF nº 256/ 2009), e seja dado total provimento ao presente recurso para reformar o acórdão recorrido, de forma a manter o lançamento em sua integralidade.

Quando do exame de admissibilidade do recurso especial da PGFN, o Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho nº 1400-000.105/2013, de 26/09/2013, admitiu o recurso especial fazendo as seguintes considerações sobre a divergência suscitada:

[...]

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

A divergência está configurada: Enquanto o acórdão recorrido não vislumbrou qualquer irregularidade nessas operações societárias, o paradigma entendeu como procedente a glosa da amortização do ágio pago pela incorporada, na aquisição do investimento efetuado na incorporadora, quando provado que a incorporada não se constitui numa sociedade empresária, na medida em que não exerce qualquer atividade operacional, e que tem o seu patrimônio formado quase que exclusivamente pelo investimento na incorporadora e pelo ágio. O acórdão confrontado entendeu configurada a utilização e interposição de pessoa jurídica, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização das divergências de interpretação suscitada.

Destarte, em vista do exposto DOU SEGUIMENTO ao recurso especial.

É importante registrar que antes de ser exarado o despacho acima referido, que examinou a admissibilidade do recurso especial da PGFN, a contribuinte havia apresentado uma petição em 08/07/2013, alegando que o recurso não deveria ser conhecido, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do CARF.

Posteriormente, já em 25/10/2013, a contribuinte foi considerada intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN (Decreto 70.235/1972, art. 23, §2º, III), e em 25/11/2013 ela apresentou as contrarrazões ao recurso, questionando novamente a admissibilidade do mesmo, e também tecendo considerações sobre o mérito da controvérsia.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Primeiramente, é importante analisar a tempestividade das contrarrazões apresentadas pela contribuinte em 25/11/2013.

Logo no início dessas contrarrazões, a contribuinte apresenta as seguintes considerações:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 14/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 18/03/2016 por LIVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

01. A Recorrida tomou ciência do Despacho nº 1400-000.105/2013, o qual admitiu o Recurso Especial interposto pela PFN, no dia 11/11/2013 (segunda-feira) por meio do acesso à sua caixa postal eletrônica no Portal e-CAC (Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte).

02. A Recorrida monitora diligentemente as intimações recebidas por meio eletrônico no Portal e-CAC. No entanto, ao acessar sua caixa postal em 11/11/2013, a Recorrida verificou que a intimação havia sido disponibilizada em 10/10/2013, muito embora não tivesse sido identificada nos acessos realizados anteriormente por algum lapso do sistema.

03. De todo modo, a Recorrida está convicta de que todas as razões para a inadmissibilidade do Recurso Especial interposto pela PFN já constavam dos autos antes mesmo de o Despacho nº 1400-000.105/2013 ser proferido (conforme Manifestação protocolada em 04/06/2013 - doc. 03), bem como as razões de mérito que levam ao cancelamento do Auto de Infração combatido.

04. Portanto, as presentes Contrarrazões ao Recurso Especial serão apresentadas de forma a reiterar as razões pelas quais o Recurso Especial não deve ser conhecido e, em respeito ao princípio da eventualidade, os motivos pelos quais o acórdão recorrido deve ser mantido por essa C. CSRF.

05. Nesse contexto, a Recorrida pede que as presentes Contrarrazões sejam regularmente processadas e recebidas por essa C. CSRF ou, alternativamente, requer seja a Manifestação protocolada em 04/06/2013 recebida como Contrarrazões ao Recurso Especial.

Em 25/10/2013 (sexta-feira), a contribuinte foi considerada intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN (Decreto 70.235/1972, art. 23, §2º, III), e em 25/11/2013 ela apresentou as contrarrazões ao recurso.

De acordo com o art. 69 do Anexo II do RI-CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, as contrarrazões da contribuinte devem ser apresentadas no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da ciência do despacho que admitiu o recurso especial da Fazenda Nacional.

No presente caso, a data final para a apresentação das contrarrazões era o dia 11/11/2013 (segunda-feira), mas ela foi apresentada bem após essa data, em 25/11/2013.

Não há como acatar a alegação da contribuinte, sustentando que não identificou tempestivamente a intimação em sua caixa postal eletrônica por algum lapso do sistema, porque consta dos autos que a referida intimação estava disponibilizada na caixa postal eletrônica da contribuinte, Módulo e-CAC, desde o dia 10/10/2013.

Assim, considerando que a observância do prazo regimental para a apresentação de contrarrazões é requisito essencial para a sua admissibilidade, não há como conhecer da peça de contrarrazões apresentada pela contribuinte em 25/11/2013.

Conforme a transcrição acima, a contribuinte pede ainda, para o caso de não conhecimento das contrarrazões apresentadas em 25/11/2013 (por intempestividade), que a Manifestação protocolada em 04/06/2013 seja recebida para esse fim.

Como mencionado no relatório, essa manifestação foi apresentada antes mesmo do exame de admissibilidade do recurso especial da PGFN, por meio da qual a contribuinte defendia que o recurso não deveria ser conhecido, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do CARF.

Tal manifestação sana o problema da tempestividade, mas apenas para as matérias nela abordadas.

Desse modo, passo a examinar as preliminares de não conhecimento do recurso, trazidas pela petição recepcionada em 08/07/2013, que contém os seguintes argumentos:

- o recurso especial interposto não deve ser conhecido por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos pelo Regimento Interno desse E. Conselho:

a) os paradigmas suscitados pela PFN tratam de situações fáticas completamente distintas das do acórdão recorrido, sendo a conclusão daqueles paradigmas puramente baseada na análise dos fatos ali carreados e provados;

b) não houve prequestionamento acerca da matéria de direito que se pretende seja analisada pela CSRF; e

c) as razões de decidir adotadas no acórdão recorrido estão fundadas em pura análise das provas e circunstâncias fáticas, cuja revisão não se pode esperar do escopo e da alçada de julgamento pela CSRF;

- o acórdão nº 1302-00.834 analisou o aproveitamento fiscal do ágio gerado a partir de aquisição de pessoas jurídicas no exterior que, foram transferidas a terceira empresa em aumento de capital e pagamento de dívida. Por sua vez, após a transferência do investimento houve a incorporação das sociedades estrangeiras;

- o citado acórdão trata de situação que diverge dos fatos e do direito em debate no acórdão recorrido. Em primeiro lugar, porque trata de ágio pago na aquisição de empresas estrangeiras, hipótese que não enseja o aproveitamento fiscal do ágio, conforme dispõe o §1º do artigo 389 do Regulamento do Imposto de Renda ("RIR"). No caso objeto dos presentes autos, no entanto, o ágio foi pago na aquisição da Requerente (pessoa jurídica localizada no Brasil) pela Delta Par;

- além disso, o citado acórdão também apresenta outros elementos de fato e de direito que o distanciam do acórdão recorrido, tal como a discussão acerca da fundamentação do ágio. De acordo com a descrição do conselheiro relator, a autuada, empresa que recebeu as empresas estrangeiras em aumento de capital e pagamento de dívida teria se baseado no fundo de comércio para pagar o ágio e não na expectativa de rentabilidade futura, o que por si só seria suficiente para invalidar a amortização do ágio amortizado. No acórdão recorrido, o fundamento econômico do ágio pago em relação à Biosintética jamais foi objeto de questionamento pela autoridade fiscal;

- também são evidentes as diferenças entre os fatos envolvidos no acórdão nº 101-00.120 em relação ao acórdão recorrido no caso presente. Dentre as várias divergências existentes, vale destacar o fato de que o acórdão paradigma trata de um caso de ágio interno, uma vez que envolve ágio gerado a partir de operações realizadas entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico. Diferentemente, no presente caso, a situação envolve a aquisição do investimento na Biosintética de partes absolutamente independentes;

- outro ponto de divergência entre o acórdão recorrido e o acórdão nº 101-00.120 é a discussão acerca do laudo de avaliação econômica, que foi objeto daquele acórdão mas jamais foi trazida à discussão no caso presente;

- a PFN fundamentou o cabimento do recurso especial na alegação de que o ágio teria sido "transferido" para a requerente, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico. Ocorre que a referida alegação não foi prequestionada como impõem o §3º do artigo 67 do RICARF e a jurisprudência desse E. CARF, o que torna inadmissível o recurso especial interposto;

- pela simples leitura do acórdão recorrido e de seus fundamentos, verifica-se que em momento algum essa C. Turma debateu a suposta "transferência do ágio" para a requerente. Nem poderia ter sido diferente, uma vez que o auto de infração lavrado pela autoridade fiscal foi exclusivamente fundamentado na acusação de ausência de propósito negocial e artificialismo, simulação e fraude nas operações que deram origem ao aproveitamento fiscal do ágio, acusações essas lastreadas exclusivamente em questões fáticas;

- a admissão do recurso especial interposto significaria também determinar que a CSRF reavaliasse os fatos envolvidos na operação, de cuja valoração e exame depende a análise quanto à improcedência do auto de infração;

- ocorre, porém, que a jurisprudência desse E. Tribunal pacificou o entendimento de que a CSRF não é a instância apropriada para o reexame fático da matéria discutida;

- a conclusão pela improcedência da acusação de fraude, simulação e artificialismo dependeu exclusivamente da análise das questões fáticas enfrentadas por essa C. Turma quando da prolação do acórdão recorrido;

- admitir o recurso especial no caso presente implicaria assegurar à PFN o acesso à CSRF sem que fossem cumpridos os requisitos para interposição dessa espécie de recurso, que tem por função exclusiva sanear eventuais divergências na interpretação de lei no âmbito desse E. CARF, mas que não tem cabimento nos casos em que as questões fáticas se sobrepõem à análise do Direito aplicável ao caso.

- pelos motivos acima expostos, a Requerente pede digno-se V.Sa. não admitir o recurso especial interposto pela PFN, já que ausentes os pressupostos de admissibilidade nos termos do artigo 67 do RICARF.

A contribuinte suscitou três preliminares de não conhecimento do recurso.

A primeira delas consiste no argumento de que o acórdão recorrido e os paradigmas estariam tratando de situações fáticas completamente distintas.

Não assiste razão à recorrida. A meu ver, pretende-se atribuir a questões de conhecimento o que na realidade são discussões de mérito.

O primeiro paradigma (Acórdão nº 101-00.120, de 18/06/2009) examinou situação em que o ágio amortizado por determinada empresa abrangeu operações entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa "veículo", como ocorreu no presente caso, mas lá esses fatos ensejaram conclusões favoráveis ao Fisco.

O segundo paradigma (Acórdão nº 1302-000.834, de 14/03/2012), por sua vez, também rejeitou a dedução da despesa de ágio, com o fundamento de que a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço, situação fática que também está presente neste processo.

As demais características dos paradigmas, apontadas nesta preliminar, são particularidades que não impossibilitam a configuração de divergência da interpretação da lei, pois não são suficientemente decisivas para suprimir a influência das mesmas situações existentes no recorrido e nos paradigmas que levaram os julgamentos a resultados opostos.

Na segunda preliminar, a contribuinte argumenta que não houve prequestionamento acerca da matéria de direito que se pretende seja analisada pela CSRF, ou

seja, a possibilidade ou não de "transferência do ágio" entre empresas de um mesmo grupo econômico.

Quanto ao pré-questionamento, ressalte-se que o parágrafo do art. 67 do RI-CARF que dele trata tem a seguinte redação: “*O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais*”. Daí se percebe que a necessidade de prequestionamento é oponível apenas ao sujeito passivo e não à Fazenda Nacional. Não obstante, mesmo que assim não fosse, a matéria já estava posta, inclusive nas Contrarrazões ao Recurso Voluntário, como se verá a seguir.

A autuação fiscal está embasada no argumento de que a reorganização societária empreendida foi desprovida de propósito negocial, objetivando exclusivamente a redução da carga tributária da fiscalizada.

Ocorre que todo o argumento sobre a ausência de propósito negocial, artificialismo, simulação e fraude nas operações que embasaram a dedução do ágio pela empresa autuada envolve diretamente a questão da transferência do ágio. No Termo de Verificação Fiscal, são intermináveis as ocorrências em que a autoridade fiscal acusou a impossibilidade de transferência do ágio com utilização da empresa veículo.

Não há como dizer que a simples leitura do acórdão recorrido e de seus fundamentos evidencia que em momento algum a Turma julgadora debateu a suposta "transferência do ágio".

O que fez o acórdão recorrido foi justamente validar a transferência do ágio, quando concluiu "que o planejamento fiscal da contribuinte foi mesmo regular, haja vista que a utilização de empresa veículo não resultou em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da mesma".

Realmente, não está escrito no acórdão recorrido a expressão “transferência de ágio” (exceto quando cita no relatório a decisão de primeira instância, para a qual a transferência do ágio é impeditivo para amortização do ágio), mas isso é decorrência do fato de que, ao deixar claro que não encontra óbice algum ao planejamento tributário com utilização de empresa veículo, está aceitando a transferência de ágio e emitindo um juízo de que a transferência não implica no desenquadramento da hipótese de incidência da norma de amortização do ágio.

Na verdade, o que ocorreu aqui é que o acórdão recorrido elegeu três premissas básicas para validar a amortização do ágio, premissas essas antijurídicas e *contra legem*, e procedeu a subsunção dos fatos do lançamento às suas premissas arbitrariamente inventadas, chegando à conclusão de que a operação objeto da autuação fiscal enquadra-se (subsume-se) a essas premissas; sendo, consequentemente e dessa forma, correta a amortização.

Ora, essas premissas não são a hipótese de incidência da norma, não é a elas que os fatos devem se subsumir e sim à norma (a norma é que deve ser objeto de interpretação), até mesmo porque essas premissas foram artificialmente construídas pelo colegiado *a quo* para que alguns lançamentos relativos à amortização de ágio fossem cancelados, como se observa da jurisprudência daquela turma que utiliza sempre o mesmo molde.

Já os paradigmas, quanto à transferência do ágio, são bastante claros:

O Acórdão nº 101-00.120, julgou a transferência de ágio por meio de empresa criada para esse fim, é o que se comprova dos seguintes trechos do voto condutor:

*"O fato é que, a criação das empresas "veículos" - Astúrias e Serra do Japi -, foi no sentido de permitir a **transferência do ágio** inicialmente registrado na empresa Astúrias para sua controlada EPTV, ora Recorrente, por intermédio da incorporação às avessas, para posteriormente deduzi-lo da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, ou seja, criou-se uma situação artificial para que a mesma se enquadrasse na hipótese prevista na Lei n. 9.532/97, e com isso, deduzir para efeitos fiscais as despesas de amortização de ágio.*

Em resumo, a sucessão dos atos jurídicos realizados, a proximidade temporal entre eles e a extinção da empresa por incorporação revelam que nunca houve a intenção real de constituir a empresa incorporada (Astúrias), mas sim de criar sociedades efêmeras, de passagem, que possibilitassem um registro de ágio a ser amortizado por ocasião da incorporação às avessas. "

Portanto, a partir dos itens realçados no voto condutor do primeiro paradigma, bem como do que consta em sua ementa (transcrita no relatório), resta comprovada a hipótese de **transferência** do ágio por empresa que a realize, logo é irrefutável a configuração de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e o acórdão paradigma de nº 101-00.120.

Já o Acórdão nº 1302-000.834, além de a ementa ser clara quanto a se estar tratando de **transferência de ágio** no âmbito dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, ou dos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999, este tema fica evidente a partir da leitura do voto condutor. Seguem trechos do referido voto que corroboram esta conclusão:

" Para tanto, serviu-se, em apertada síntese, dos seguintes argumentos:

- a) na dedução do ágio, a fiscalizada não observou as condições impostas pela legislação (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997);*
- b) os documentos apresentados pela fiscalizada mencionam que o ágio teve por fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa LOMA NEGRA, com base em previsão de resultados de exercícios futuros, desprezando, com isso, o FUNDO DE COMÉRCIO da referida empresa;*
- c) o ágio foi efetivamente pago pela empresa CAMARGO CORREA S/A, e não pela fiscalizada, **inexistindo, na legislação, norma que autorize transferência da referida despesa** em momento posterior a aquisição da participação;*

...

*Com efeito, a discussão acerca do fundamento econômico ágio só se apresentaria relevante **se não estivesse em discussão, também, a própria titularidade do dispêndio (ágio)**. Penso que as razões descritas nas letras "a" e "c" acima se complementam, mas, conflitam com a referenciada pela letra "b", ou seja, se o ágio não é passível de amortização em virtude de a contribuinte não se enquadrar nas disposições da lei, **vez que não foi ela quem suportou a despesa com ágio**, perde relevância discutir o fundamento econômico desse mesmo ágio.*

...

*Com efeito, considerado o disposto no caput do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta **indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica***

CAMARGO CORREA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

...

*Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de **transferência de ágio** por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.*

... "

Da citação acima, depreende-se que não só houve a discussão quanto à transferência de ágio, como a razão de decidir unânime da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento foi no sentido de ausência de previsão legal para transferência de ágio.

A só abordagem prévia desta preliminar de não-conhecimento já foi suficiente para esclarecer que não se trata de efetiva preliminar, mas de autêntico mérito; o que conduz inevitavelmente, por este só motivo, ao seu indeferimento.

Como terceira preliminar de não conhecimento do recurso, a contribuinte alega que as razões de decidir adotadas no acórdão recorrido estão fundadas em pura análise das provas e circunstâncias fáticas, cuja revisão não se pode esperar do escopo e da alçada de julgamento pela CSRF.

Essa preliminar também não merece prosperar. O exame de mérito, feito a seguir, deixará bastante evidente que não se trata aqui de reexame de prova, mas sim da interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e das hipóteses de subsunção a estas normas.

Desse modo, para fins de conhecimento do recurso especial, concluo que tanto a alegada divergência jurisprudencial quanto o prequestionamento da matéria estão devidamente caracterizados.

Portanto, afastadas as preliminares de não-conhecimento, e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, passo a conhecer do recurso especial.

Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/2007-83, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103-001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

"Para se tratar em ágio, há que se, inicialmente, falar do investimento em sociedades coligadas e controladas avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), conforme previsto no art. 384 do RIR/99. A principal característica do método é de se permitir uma atualização dos valores dos

investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

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).

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.

*Dentre os três critérios, assume relevância, **para o caso concreto**, aquele que consiste no 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.*

*As variações no patrimônio líquido da 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 controladora.***

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).

(...)

É por isso que a investidora, ao registrar o ágio em conta de ativo, não promove a sua amortização para fins fiscais. Não poderia ser diferente, vez que a “mais valia”, decorrente da expectativa de rentabilidade futura, foi paga em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, e que serão tributados **na própria investida**. Por sua vez, a repercussão de tais lucros na investidora dar-se-á pelo MEP, que não é objeto de tributação. Dessa maneira, como os lucros não são tributados na investidora, não há que se falar em amortização do ágio na investidora. 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.

Portanto, percebe-se que, na regra geral, para fins fiscais, o ágio não é dedutível na apuração do lucro real.

Contudo, tal cenário está sujeito a mudanças.

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos 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)

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, 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 no art. 386 do RIR/99:

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.

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

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 debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela a destinatária da prerrogativa***

de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas **distintas** da investidora, 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**.

A respeito do 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**.

Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros** é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.

Ainda, 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...), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

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."

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o caput do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação.

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

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

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

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o caput do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** 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 (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. Por bem adequadas, transcrevo palavras da recorrente:

*"Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado ... de ser dedutível, cita-se aquele que fora ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, qual seja: **ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.***

*Por certo, tal como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas neste recurso, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre de o encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio com esse mesmo ágio. Em face dessa **"confusão patrimonial"**, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com a **"mais valia"**.*

*Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, **é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.***

*Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica **que efetivamente suportou o ágio** pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. **O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária.** Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.*

*De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. **O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.***

Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa."

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

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

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL.

Multa qualificada

Importante observar que o acórdão recorrido, em razão de suas próprias conclusões cancelando o lançamento, não adentrou na análise da multa qualificada.

Essa matéria foi argüida em sede de recurso voluntário, mas seu exame ficou prejudicado naquela oportunidade.

Assim, uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Desse modo, voto no sentido de:

- DAR provimento ao recurso especial da PGFN, restabelecendo a autuação fiscal pela glosa da despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários; e
- DETERMINAR o retorno dos autos à Turma *a quo*, para prolação de nova decisão quanto à multa qualificada, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo

Declaração de Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto

Na reunião de janeiro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN” ou “**recorrente**”), em que é recorrida a BIOSINTÉTICA FARMACÊUTICA LTDA (doravante “BIOSINTÉTICA”, “**recorrida**”, “**investida**” ou “**adquirida**”), no processo n. 16643.720001/2011-18. Em tal recurso, a PFN requer a reforma do acórdão n. 1402-001.310 (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela r. 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “**Turma a quo**”), no que concerne à legitimidade da amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

O acórdão recorrido restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009 AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREMISSAS. As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7o., inciso III, e 8o. da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Cumprida essas premissas, cancela-se a glosa. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL REGULAR. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. É regular o planejamento, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que não tenha resulte em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo. Recurso Voluntário Provido.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma a quo assentou, às fls. 3379 e seg. do e-processo, que:

“Os fundamentos do lançamento estão contidos no “Termo de Verificação Fiscal” de fls. 1719/1771 que, em síntese, apóiam-se no fato de que, em um curto intervalo de tempo, Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A adquiriu todas as quotas sociais da fiscalizada Biosintética com ágio de R\$ 437.552.361,10, transferiu-as para Delta Participações Farmacêuticas S/A, mediante integralização de seu capital que, posteriormente, foi incorporada pela Biosintética, que passou a amortizar o ágio acima citado. Segundo os autuantes, a reorganização societária empreendida foi desprovida de propósito negocial e objetivou exclusivamente a redução da carga tributária da fiscalizada, motivando-os a glosar as despesas de amortizações de ágio realizadas entre os anos-calendário de 2006/2009, bem como o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL compensados no ano-calendário 2007, e, por consequência, a lançar os tributos decorrentes das infrações apuradas.”

Assim, a Turma a quo, ao exercer a sua competência de findar com a constatação fática necessária à aplicação das normas jurídicas, assentou que:

houve aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, realizada entre partes independentes, com efeito fluxo

financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição: A BIOSINTÉTICA, anteriormente pertencente a terceiros independentes, foi adquirida pela ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A (doravante “ACHÉ”), com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (BIOSINTÉTICA).

- Adotando-se o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o custo de aquisição do investimento foi desdobrado no valor patrimonial da BIOSINTÉTICA e no ágio suportado, justificado pela expectativa de futuros lucros trazidos por esta.

- Foi realizada reestruturação societária pela ACHÉ, em que:

i) A ACHÉ realizou aumento de capital na empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S/A (doravante “DELTA” ou “investidora”), com a integração do investimento detido na BIOSINTÉTICA, pelo mesmo valor de sua aquisição. A DELTA, então, passou a deter o investimento na BIOSINTÉTICA;

ii) A BIOSINTÉTICA incorporou a DELTA. Desde a referida absorção patrimonial, passou a ser realizada a amortização fiscal do aludido ágio apurado contra os lucros da BIOSINTÉTICA, cuja expectativa de lucratividade deu causa ao ágio pago quando de sua aquisição, com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97;

Não houve simulação.

No julgamento do recurso especial interposto pela PFN, a CSRF, por maioria de votos, decidiu reformar o acórdão recorrido, de forma a manter a cobrança de IRPJ, CSL, multa e juros de mora lançados no AIIM. Com isso, foi mantido o ato da administração fiscal de glosa da amortização das despesas de ágio, não obstante tenha sido reconhecido a legitimidade do ágio apurado pela ACHÉ na aquisição da BIOSINTÉTICA.

Nesta **declaração de voto**, permissa vênua, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional no que pertine à questão da **amortização fiscal das despesas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, por compreender que a cobrança tributária em questão ofende as normas que tutelam a matéria, em especial aquelas que decorrem do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Tais fundamentos serão organizados do seguinte modo:

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).
2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.
3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.
4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura

5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.

6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobrepção* que se paga por algo, um valor superior àquele seria o parâmetro esperado.¹

Um exemplo simplificado é útil para situar essa ideia geral. Na década de 90, em plena transformação da indústria automobilística brasileira, era comum que as concessionárias levassem meses para receber os automóveis adquiridos por seus clientes. O cliente comum, ansioso para receber o automóvel em que empenhava as suas economias, era submetido a uma longa e angustiante espera mesmo após já ter concretizado a compra. As concessionárias, então, vislumbraram nisso uma oportunidade: adquiriam antecipadamente alguns automóveis novos, assumindo o risco (baixo, devido à elevada procura) de não os vender. Assim, aos clientes eram apresentadas duas possibilidades: (i) a aquisição do veículo pelo preço de tabela, com a espera de alguns meses até a entrega pela fábrica ou; (ii) a aquisição do veículo em estoque (entrega imediata), com o acréscimo um determinado valor sobre o preço da tabela, a título de “ágio”.

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do “ágio” referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *sobrepção* com o objetivo de desfrutar da posse do veículo antecipadamente, ao que estaria destituído dessa fruição imediata caso optasse por desembolsar apenas o preço de tabela do bem. Já o vendedor, por sua vez, seria recompensado pelo risco assumido e pelo adiantamento à fábrica do custo do automóvel. O “ágio”, nesse simplório exemplo outrora corriqueiro no mercado automobilístico brasileiro do varejo, ilustra bem quão normal é o pagamento de *sobrepções*, bem como que este pode ser justificado por motivos distintos sob as perspectivas dos dois polos do negócio jurídico (adquirente e alienante).

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à **aquisição de participação acionária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras)**. Nesse caso, como se verá no tópico “2” a seguir, o legislador reconheceu como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente recurso especial, está em análise um caso concreto no qual uma pessoa jurídica adquiriu participação societária relevante em outra pessoa jurídica (investimento), com o pagamento de um *sobrepção* (*ágio*) justificado pela *expectativa de rentabilidade futura* da empresa adquirida.

1.2. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). Por sua vez, “*ágios*” e “*deságios*” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste².

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

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

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

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

¹ Vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo : Dialética, 2012, p. 13 e seg.

² 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.

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.³

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*⁴.

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

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

³ 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.

⁴ Pode-se supor, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica investidora adquira os investimentos em uma outra pessoa jurídica, adquirindo as suas ações diretamente das mãos de seus antigos detentores. Caso seja pago ágio nessa operação, tais valores sequer viriam a ser escriturados pela empresa investida.

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

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

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

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido de **2006 a 2009**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis, diante alterações legislativas sobre a matéria.

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁵ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

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

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁶ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

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

2.1. A legislação do período pré-1997.

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

⁵ Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 355.

⁶ Nesse sentido, vide: DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 328.

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

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte

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

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real: □

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios; □

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

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

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

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014: aplicável ao caso dos autos, cuja apuração perfaz o período de 2006 a 2009.

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

com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

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

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

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

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

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

II - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração⁷;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam *mera norma de dedutibilidade para apuração do IRPJ e da CSL*, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁹.

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

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*¹⁰:

“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.

⁸ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 714.

⁹ No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, *in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

¹⁰ Note-se apenas que, no projeto de lei, o dispositivo era numerado como “8º”, mas na redação aprovada foi veiculado pelo art. “7º”.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, o art. 20 do Decreto-lei 1.598/76 passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de talmente em 18/03/2016 por LIVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

“*ágio interno*” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹².

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

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

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

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

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

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

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Desse modo, no subtópico “**4.1**”

Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

¹² Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: “Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária **entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”.

a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados no subtópico “4.2”.

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

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

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

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

4.1.1. Aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

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

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

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

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

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

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹³, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

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

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

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

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

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

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁴ A decomposição do

¹³ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2012, p. 211-212.

¹⁴ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais (IRPJ e CSL) na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁵

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

Analiticamente, enquanto os dois fatores anteriores (“4.1.1”, “4.1.2” e “4.1.3”) e o fator seguinte (“4.1.5”) compõem a *hipótese de incidência* da norma de amortização do ágio, o presente elemento compõe o seu consequente normativo. No entanto, para que se compreenda a razão da adoção pelo legislador da *fórmula operacional básica* analisada a seguir (“4.1.5”), é essencial compreender como o pareamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição interfere na efetiva dedutibilidade do ágio (consequente normativo).

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

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração do IRPJ e da CSL¹⁶. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

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

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da contabilidade”¹⁷ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

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

¹⁶ Há exceções ao princípio da competência, cabendo ao legislador ordinário optar entre este e o regime de caixa. Mas, aqui, aplica-se a regra geral do regime de competência.

¹⁷ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1038 e seg. Autenticado digitalmente em 10/03/2016 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE OLIVEIRA.

Assinado digitalmente em 18/03/2016 por LIVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Art. 187. *A demonstração do resultado do exercício discriminará:*

(...)

§ 1º *Na determinação do resultado do exercício serão computados:*

- a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e*
- b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.*

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

Art. 9º. *As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.*

§ 1º *O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.*

§ 2º *O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.*

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

Art. 9º. *O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.*

Parágrafo único. *O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.*

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁸, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: *a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.*

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido

¹⁸ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo: MP Editora, 2014, p. 150-1.

Autenticado digitalmente em 10/03/2016 por LÍVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 03/03/2016

Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em uma entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

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

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

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

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

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

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”¹⁹, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²⁰.

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

¹⁹ Em meio às muitas divergências que o tema suscita na doutrina nacional, alguns autores incluem no conceito de *planejamento tributário* a utilização de *opções fiscais* e de *normas tributárias indutoras*, já que o contribuinte, ao praticar os referidos atos, certamente teria realizado prévio estudo, *planejando-os*. Nesse sentido, vide: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento tributário*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 02. Outros, por sua vez, as excluem “do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivo coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolha” Nesse sentido, vide: GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo : Dialética, 2008, p. 100. BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária - limites normativos*. Tese apresentada ao concurso de livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 240.

²⁰ No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 2314, São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

Explorando o exemplo da DIRPF²¹, com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma *fórmula procedimental básica* a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

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

- os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ e CSL).

- como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “push down accounting”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.

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

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

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião **(i) do acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com (ii) o acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição.** A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento²².

²¹ DIRPF - Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física.

²² 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.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO²³, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁴.

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

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

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

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o

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

²⁴ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 718.

objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁵, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁶

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁷, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra

²⁵ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

²⁶ Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

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

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

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

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

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

Alguns desses fatores são objetivos, como é o caso da *aquisição realizada de partes não relacionadas* (“4.2.1”, abaixo), da *existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção* (“4.2.2”, abaixo), da *inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas* (“4.2.3”, abaixo). Outros fatores, por sua vez, possuem natureza subjetiva, cujo maior exemplo é a verificação de *propósitos negociais e extratributários* (“4.2.4”, abaixo).

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

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

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

ágio interno.

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

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam ágios internamente, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSL, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁸, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm's length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

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

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA²⁹, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*’”.

4.2.1.1. O “ágio interno” inválido perante o Direito tributário brasileiro.

Os casos rotulados de “*ágio interno inválido*”, “ágio em si mesmo”, são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo econômico, consideradas sem causa legítima ou mesmo simuladas. Sua característica distintiva não se esgota apenas na realização de operações entre partes dependentes, também na ausência de fluxo financeiro ou de sacrifícios econômicos na aquisição do investimento, sendo comum que não haja alteração de controle ou, ainda, efetiva diluição de um dos sócios.

A notória contribuição de MARCOS SHIGUEO TAKATA à evolução da jurisprudência do CARF ficou registrada em votos de sua lavra e em trabalhos por ele publicados. Em um destes, TAKATA³⁰ expõe:

²⁸ DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 331.

²⁹ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

³⁰ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 198-211).

“Daí dizermos: é quando inexiste pagamento de preço e minoritários ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno, com ausência de geração de riqueza nova – à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas internacionais de contabilidade. É nesse contexto que se coloca o chamado ágio ‘de si mesmo’ ou ágio ‘consigo mesmo’.

(...) O pagamento de preço com existência de minoritários, em regra. Conclusão que parece simples, mas que demandou caminhar o percurso de base em seus devidos termos, expurgando as ‘bordas’ ou arestas conceituais dessa base.”

Nesse seguir, uma série de casos julgados pelo CARF vem considerando como ilegítimas algumas operações, em vista da inexistência de transação financeira entre as partes relacionadas, ausência de preço realmente estabelecido acompanhado de seu pagamento ou, ainda, troca efetiva de titularidade do investimento. O elemento da simulação também está presente em tais decisões. Vale observar os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. O fato dela não ter rebatido ponto a ponto as razões da defesa não implica vício. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO DOS VALORES. Despesas operacionais são aquelas necessárias a atividade operacional da empresa e, no caso de prestação de serviços, devem ser comprovadas mediante documentos que permitam identificar os prestadores, sem o que procede a glosa fiscal. CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 02/01/2009 JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe o lançamento que tenha sido formalizado em legislação que toma por empréstimo a sistemática de apuração daquele.

(CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35)

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.

(LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

4.2.1.2. O “ágio interno” válido perante o Direito tributário brasileiro.

Como se viu, “há ágios internos e ‘ágios internos’”³¹, sendo necessário reconhecer que alguns deles foram apurados legitimamente, de forma a não apresentar maiores distinções no que concerne a possibilidade de seu aproveitamento fiscal.³²

A análise dos precedentes do CARF demonstra que há casos de **ágio interno** reputado de **válido**, como se observa das ementas a seguir:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

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

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio

³¹ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, in *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

³² Vide, nesse sentido: SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei nº 12.973/2014, in *Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSE à luz da jurisprudência do CARF* (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 359-0.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ART. 109 CTN.

ÁGIO. ÁGIO INTERNO. É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerado adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação). ELISÃO. Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse accidental. SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais. (GERDAU ACOMINAS S/A. Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercer, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.** O "abuso de direito" pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Por fim, é curioso notar que ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS³³ suscitam que a máxima contábil, de que “só se ativa o ágio por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade”, demanda a questão do que seja “entidade”. Enquanto países como EUA adotam como tradição a elaboração de balanços consolidados, como se viu acima, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O argumento contábil, então, pode restringir substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. É a partir de tal constatação que LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA³⁴ suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de ágio interno artificial, desde que, evidentemente, resta caracterizada a simulação da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

De todo modo, é necessário concluir que nem todas as operações em que não existam terceiros envolvidos são necessariamente inaptas para a apuração de ágio por expectativa de rentabilidade futura. Quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, antes de se assumir o estigma que esse rótulo tem suscitado, é necessário investigar as peculiaridades do caso concreto, a fim de lhe atribuir o correto qualificante “válido” ou “inválido”.

4.2.2. Existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção.

A jurisprudência do CARF também tem considerado como fator relevante, ou mesmo um *safe harbour* em casos de amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, a *existência de sócios minoritários que demandem proteção e que justifiquem reestruturações societárias*. Assim vocacionadas, situações que seriam consideradas suspeitas pela fiscalização, como muitas vezes é o caso da utilização de empresa-veículo, passariam a ser aceitas como legítimas quando encontrassem justificativa na proteção de minoritários. É o que se observa do seguinte precedente deste Tribunal:

“O ‘abuso de direito’ pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente,

³³ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, in Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2013.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

talmente em 18/03/2016 por LIVIA DE CARLI GERMANO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS AL

BERTO FREITAS BARRETO

para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”.

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Nesse sentido, é conhecido o entendimento de MARCOS TAKATA³⁵, de que “é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno”. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁶, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Para fins jurídico-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não a subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por ex., o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos acionistas da incorporadora de ações. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa. Há significado econômico nesse ágio. Há pagamento pela aquisição de ações (entrega de ações da incorporadora de ações): sua contrapartida é aumento do investimento com ágio”.

Trata-se de elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte. No entanto, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal de tais operações.

4.2.3. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.

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

³⁵ TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga, BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2012, p. 198-211.

³⁶ CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

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

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

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

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

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

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

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

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins de IRPJ e CSL. Surgiu a proposta para adoção de um requisito de grande influência para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”): a apuração de ganho de capital por parte

da empresa alienante do investimento. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁷, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

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

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

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

4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as “entidades efêmeras”.

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

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

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³⁸ apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e

³⁷ CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

³⁸ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

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

4.3.2. Reorganizações societárias que não consumam 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”³⁹.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas no interim 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.

Exemplificando, se uma empresa (“A”) adquire investimento relevante de outra empresa (“B”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora for incorporada por uma terceira empresa (“C”). Essa operação será periférica **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. A referida empresa incorporadora (“C”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“B”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, **nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio**. Apenas se a aludida incorporadora (“C”) vier, por exemplo, a incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“B”), é que se daria se a absorção patrimonial exigida e seria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.⁴⁰

Nesse mesmo exemplo, se a empresa investida (“B”) viesse a ser incorporada por uma outra (“D”) também controlada pela empresa investidora (“A”), essa operação periférica seria **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. É requisito essencial a reunião patrimonial da empresa que detém o investimento com ágio (“A”) com a empresa investida (“B”), pois a amortização do ágio deve se processar contra os lucros desta, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Apenas quando a empresa investidora (“A”) incorporar a empresa investida resultante da incorporação (“D”), que por sucessão universal passou a corresponder ao acervo patrimonial que justificou a expectativa de rentabilidade, seria legítima a amortização fiscal do ágio em questão.

³⁹ 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.

⁴⁰ Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

Nesse cenário, nos casos rotulados de “transferência de ágio”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

A referida transferência do investimento com ágio pode se dar por diversas maneiras e por variados motivos. Assim, é comum que, por razões de mercado, regulatórias ou societárias, a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio.

Reestruturações societárias no nível da empresa investidora ou da empresa investida, que não ocasionem a reunião patrimonial destas, não gera qualquer efeito tributário, isto é, não enseja a amortização do ágio ou altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o aludido encontro. **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, expressamente ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são permitidas e indiferentes. A *neutralidade* de tais reorganizações societárias em relação ao direito à amortização do ágio é evidenciada nos elementos textuais da aludida lei e pela análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Textualmente, se por um lado o legislador não inseriu na Lei n. 9.532/97 limitações ao direito de livre organização para a fruição do direito à amortização das despesas com ágio, por outro consignou que inclusive a absorção realizada mediante a prévia cisão da empresa incorporadora ou incorporada, seguida da posterior fusão ou incorporação que emparelhe o investimento com o a investida anteriormente cindidos, dá ensejo à legítima amortização do ágio. O texto legislado, então, não expressa vedação a operações intermediárias, focando apenas na operação que consome a derradeira absorção do patrimônio da investida com a investidora (ou vice-versa).

Caso o legislador houvesse expressamente vedado, por meio de dispositivos específicos da Lei n. 9.532/97, que fossem realizadas reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção por ele eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, aludida limitação às liberdades econômicas, especialmente à livre iniciativa e organização, poderia, em tese, estar sujeita ao competente controle de constitucionalidade. Aludida análise certamente estaria fora deste Tribunal administrativo⁴¹, de tal forma que a obediência a essa hipotética lei deveria ser cegamente seguida por seus julgadores, entre os quais me incluo.

No entanto, não há lei expressa nesse sentido. O que há é uma tese sobre uma possível “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda do direito do contribuinte à amortização do ágio em face de reorganizações societárias periféricas, como as exemplificadas acima. Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a

41 Não cabe no bojo deste processo administrativo analisar possíveis inconstitucionalidades, conforme o RICARF, art. 62: “Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”.

argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

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 ser enfrentar esse teste fatal.**

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

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.

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 constitucionais⁴² 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*.

⁴² 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 Federal⁴³. Como observa EROS ROBERTO GRAU⁴⁴, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁵, 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).⁴⁶ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴⁷.

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*.⁴⁸ TULIO ROSEMBUJ⁴⁹ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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”.

⁴⁵ APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons, 1999, p. 57.

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 clientela⁵⁰.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁵¹, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁵² já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas 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 JÚNIOR⁵³, 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 periféricas, que em nada ampliam ou reduzem o montante do ágio que de todo modo poderiam vir a ser aproveitado.**

Não obstante, por esforço dialético, pode-se questionar se há norma implícita no sistema que conduza excepcionalmente à restrição apriorística de tal liberdade. Ao final desse exercício, somente se uma mensagem suficientemente clara e pública puder ser construída da análise sistemática do ordenamento é que se poderia cogitar aceitar a tese proposta pela PFN.

Contudo, por uma investigação sistemática, 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.

Seria proporcional ou razoável penalizar o contribuinte que realizou a transferência de um investimento, integralizando-o em outra empresa do grupo, com a perda completa do direito à amortização do ágio, ainda que uma série de fatores demonstrem a legitimidade de tal agir?

⁵⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

⁵² FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. – Barueri, SP : Manole, 2007, p. 195.

Se a transferência do investimento detido por uma pessoa jurídica desencadear a perda de legítimo direito à amortização de ágio, haverá norma de desincentivo à realização de novas operações societárias. Mas o que justificaria a exigência, pela administração fiscal, da estagnação das estruturas societárias, com a penalização de reestruturações e da adoção de outras formas lícitas de organização?

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁵⁴. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

A inexistência de vantagens extras ao contribuinte e a ausência de prejuízos ao fisco evidencia a ausência de razoabilidade e proporcionalidade dessa tese limitadora da transferência de investimento no qual haja registro, pelo MEP, de ágio por expectativa de rentabilidade futura.

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 da transferência de investimentos a outra empresa controlada que pudesse 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 dois grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e que ambos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas. Se a tese proposta pela PFN for levada a termo, caso apenas um desses grupos passasse por reestruturação societária que importasse em integralização dos aludidos investimentos em outras empresas do grupo (por *motivos* familiares e sucessórios, por exemplo), o referido grupo empresarial seria privado da possibilidade de se valer da *economia de opção* assegurada pelo legislador. Por sua vez, o outro grupo empresarial ficaria livre para se valer dessa *opção fiscal*,

por exemplo com uma cisão parcial seguida de uma incorporação reversa, dando ensejo à amortização das despesas com ágio à fração de 1/60 mensais. 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.

Tal conclusão também é indicada por LUCIANO AMARO⁵⁵, para quem “a mera utilização de uma empresa-veículo não vicia o ágio, especialmente se este poderia ser amortizado por outro caminho, sem a utilização da empresa-veículo”.

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 POLIZELLI⁵⁶: “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”.

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

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁷, 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.⁵⁸ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵⁹ 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*

⁵⁵ 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. 723.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.

⁵⁹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

básica que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto no tópico “4.1.5”), 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 partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as 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.

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

5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas com ágio no presente caso.

O núcleo do recurso especial ora em análise consiste em saber se, a partir de uma aquisição de investimento relevante em controlada ou coligada, com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, na qual todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária tenham sido cumpridas, o direito à amortização das referidas despesas com ágio seria perdido caso tal investimento viesse a ser transferido em função de reestruturação societária.

Em linhas gerais, a tese sustentada pela PFN tem como consequência que a reestruturação societária implementada pela ACHÉ e BIOSINTÉTICA seja penalizada com a impossibilidade de futura amortização do ágio, de forma a glosar-se as despesas já deduzidas com a cobrança de multa e juros. Já o contribuinte, em linhas gerais, sustenta que o ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição do investimento permanece perfeitamente sujeito a amortização fiscal, não obstante a realização das aludida reorganização societária anterior ao evento de absorção previsto pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Antes de prosseguir, no entanto, é preciso aclarar que o presente caso não envolve o chamado “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”.

Há certo consenso quanto à fundamental distinção da chamada “transferência de ágio” (vide subtópico “4.3.2”) de casos de “ágio interno”⁶⁰ (vide subtópico “4.2.1”). E, no presente caso, realmente estamos diante de operação que possa ser rotulada de “ágio interno”, pois o ágio por expectativa de rentabilidade futura em questão foi apurado em operação originária de aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço).

Não se está diante da criação *interna corporis* de um ágio fictício. Conforme restou assentado nos presentes autos, a BIOSINTÉTICA, antes pertencente a terceiros independentes, foi adquirida pela ACHÉ, com efetivo pagamento (fluxo financeiro) de sobrepreço (ágio) em função da expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (BIOSINTÉTICA).

O acórdão *a quo* bem sintetizou o caso, ao expor que “Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A adquiriu todas as quotas sociais da fiscalizada Biosintética com ágio de R\$ 437.552.361,10, transferiu-as para Delta Participações Farmacêuticas S/A, mediante integralização de seu capital que, posteriormente, foi incorporada pela Biosintética, que passou a amortizar o ágio acima citado”. **O objeto da presente demanda consiste em saber se a aludida transferência do investimento para a DELTA é penalizada pelo sistema jurídico com a perda do direito à amortização fiscal do ágio, ainda que ocorra a absorção patrimonial da DELTA pela BIOSINTÉTICA na forma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.**

Não se pode, assim, imputar às operações realizadas pela BIOSINTÉTICA o estigma suportado por casos de “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”: conforme restou devidamente assentado pelo acórdão *a quo*, o caso concreto analisado nos presentes autos **não envolve “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”**.

No entanto, ainda que o presente caso viesse a ser confundido com aquilo que se rotula de “ágio interno” – **o que, repita-se, já restou definitivamente afastado neste processo administrativo** – ainda assim a validade para fins tributários das operações praticadas deveria ser verificada diante de cada um de seus elementos analisados no tópico “4”

deste voto. Seria necessário investigar tratar-se de “ágio válido” ou “inválido”, não se admitindo conclusões apriorísticas pela consideração apressada de meros rótulos.

Nesse cenário, para verificar se o auto de infração lavrado merece prosperar, é necessário testar como as operações realizadas pelo contribuinte reagem à norma de amortização fiscal do ágio, em cada um de seus elementos analisados no tópico “4” desta declaração de voto.

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

No caso, houve **efetiva aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**: a BIOSINTÉTICA, anteriormente pertencente a terceiros independentes, foi adquirida pela ACHÉ, com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

No presente caso, não se questiona que o ágio por expectativa de rentabilidade futura da BIOSINTÉTICA foi efetivamente apurado e demonstrado. **Tal questão já se tornou incontroversa.** Não há mais dúvidas, neste processo administrativo, que ACHÉ, acaso absorvesse ou fosse absorvida pela BIOSINTÉTICA, teria plenamente garantido o direito à amortização do ágio em questão, à fração de 1/60 ao mês.

Note-se que o acórdão *a quo* assentou que os seguintes fatores foram devidamente cumpridos no presente caso:

- “1) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
 - 2) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
 - 3) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.”
- (grifos acrescidos)

Houve **efetivo pagamento**, com **fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição**, conforme reconheceu o acórdão *a quo*:

“(ii) O registro do ágio pela aquisição do novo investimento é legítimo, uma vez que se tratou de aquisição de novas quotas da Impugnante integralmente pagas em dinheiro□ justificadas na expectativa de sua rentabilidade futura a partir de laudo elaborado pelo Banco Pactual”;

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

Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, “b”, da Lei 9.532/97, com a **absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio**, qual seja, a DELTA, pela pessoa jurídica investida e cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o sobrepreço pago, qual seja, BIOSINTÉTICA.

Note-se que a DELTA, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações da ACHÉ, passou a deter legitimamente o investimento na BIOSINTÉTICA, cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio na operação originária de aquisição, realizada com um terceiro independente. O contribuinte cumpriu adequadamente **com a absorção patrimonial exigida na fórmula operacional básica** prescrita pelo legislador, o **que torna fora de dúvida a legitimidade do aproveitamento do ágio apurado.**

Também foi cumprida a exigência de que **a amortização do ágio apurado pela investidora se processe contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição**: a absorção da DELTA pela BIOSINTÉTICA justamente possibilitou o emparelhamento de receitas e despesas tecnicamente requerido pelo legislador.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos, razão pela qual não merece reparos a decisão recorrida, que afastou o AIIM lavrado pela autoridade fiscal.

5.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Verificando-se que foram cumpridos todos os elementos essenciais, previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, já seria possível afirmar a legitimidade da amortização fiscal. Não obstante, em homenagem à jurisprudência deste Tribunal e ao papel de uniformização da CSRF, cumpre enfrentar o presente caso com vistas aos *safe harbours* expostos no subtópico “4.2”.

Em primeiro lugar, é importante repisar que o ágio por expectativa de rentabilidade futura ora em contenda foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente**. A BIOSINTÉTICA, **anteriormente pertencente terceiros independentes**, foi adquirida pela ACHÉ, com pagamento do ágio. Tal fato é incontroverso neste processo administrativo.

A análise conjunta das questões incontroversas nestes autos (efetivo pagamento de ágio à parte não relacionada fundado em expectativa de rentabilidade futura) e do núcleo do recurso especial em análise (a legitimidade ou não da *transferência de investimento com ágio*) denunciam que as operações realizadas pelo contribuinte e contestadas pela administração federal **não importam em qualquer centavo de “prejuízo” à Fazenda Pública, ou melhor, nenhum tributo deixou de ser recolhido.**

A ausência de prejuízo ao fisco com a *transferência do investimento e de respectivo ágio* é argumento contundente, com acolhida doutrinária e na jurisprudência do CARF. Assim, LUCIANO AMARO⁶¹ aduz que, “se a investidora original ‘A’ podia incorporar a investida e passar a amortizar o ágio, o mesmo se dá quando ‘A1’ incorpora a fatia do investimento que lhe tenha sido transferida por ‘A’”.

A inexistência de economia tributária distinta daquela que seria obtida sem a transferência do ágio, como se daria com a duplicação do ágio, representa exigência coerente e razoável adotada na jurisprudência do CARF, pois decorre de um elemento essencial: o ágio deve ser legítimo em sua origem, de modo que a sua transferência não gere dedutibilidades maiores que aquelas que seriam percebidas pela entidade que o transfere.⁶² **E é justamente esse o caso dos autos!**

O acórdão *a quo* assentou que a reestruturação societária realizada, com a transferência do investimento detido da BIOSINTÉTICA para outra empresa do grupo

⁶¹ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

⁶² Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luis Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSE à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 371-2.

(DELTA), não gerou qualquer vantagem tributária, sem a ampliação do montante do ágio efetivamente apurado na aquisição, *in verbis*:

“(iii) A análise dos elementos em que se lastreia o Auto de Infração permite inferir que as operações realizadas jamais tiveram como objetivo levar à amortização do ágio de maneira artificial e em prejuízo aos cofres públicos e, ainda, que a alegada artimanha de realizar os atos societários envolvendo a Delta Par não apresenta qualquer incompatibilidade com o fim econômico pretendido pelas partes ou com a causa do negócio jurídico realizado;”

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte as aludidas salvaguardas, o que corrobora para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

5.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Conforme se verificou, a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais. Não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias. Devem ser ignorados, então, questionamentos desse jaez para a solução do presente caso.

Assim, ainda que os atos societários praticados fossem muito próximos, o que não se verifica necessariamente no presente caso, tal fator não teria a menor relevância.

Além disso, conforme verificado acima, também é indiferente toda uma gama de possíveis reorganizações societárias que não ocasionem a reunião patrimonial da entidade investida com a entidade investidora (absorção patrimonial). Não merece reparos o acórdão *a quo*, quando conclui que a reestruturação societária implementada, com a adoção da empresa DELTA, em nada interferiu no direito à amortização do ágio legitimamente apurado com a aquisição da BIOSINTÉTICA.

Por fim, embora pessoalmente não considere que *razões extratributárias* sejam relevantes para a análise de reestruturações societárias implementadas para o cumprimento da *fórmula operacional básica* prescrita pela Lei n. 9.532/97 (vide subtópico “4.3.3”), é forçoso observar que o acórdão *a quo* reconheceu que uma série de razões extratributárias (**propósito negocial**) justificariam a adoção da DELTA:

“iv) Na verdade, a incorporação da Impugnante pelo Aché levaria a uma substancial redução no valor dos tributos recolhidos aos cofres públicos no período autuado, evidenciando a ausência do viés exclusivamente fiscal na implementação da operação questionada;

(v) A constituição de uma nova sociedade com o propósito específico de adquirir e gerir o investimento na Biosintética permitia que todos os cenários de risco pós-aquisição vislumbrados fossem mitigados por implementação ágil e menos burocrática;

(vi) Enfim, a utilização da Delta Par na operação era um imperativo comercial e que também correspondia à alternativa que melhor atenderia aos diversos deveres fiduciários dos administradores das diversas empresas do Grupo Aché, não se tratando, jamais, de um imperativo fiscal;

(vii) A operação trazia consigo relevantes incertezas a respeito do próprio negócio, no qual se colocava substancial volume de recursos, que somente seriam eliminadas após o período mínimo de 6 meses de esforços concentrados de avaliação e diligência após a aquisição do investimento, ou seja, quando a própria administração do Grupo Aché assumisse, também, a administração da Impugnante, determinando-se a abertura de dados, informações, o exame detalhado das práticas comerciais e negociais, as contingências tributárias e trabalhistas;

(viii) A consolidação das informações com relação aos negócios da Biosintética, combinada com a manifestação do CADE sobre a operação - fatos supervenientes à aquisição -determinariam a tomada de decisões entre algum dos seguintes cenários estratégicos, que se anteviam no momento da tomada de decisão pela aquisição da Impugnante: (a) manter a Biosintética integrada ao Grupo; (b) cindir a sociedade para a segregação de linhas de negócio que não interessariam ao Grupo Aché por questões de rentabilidade, lucratividade, restrições do CADE etc.; ou (c) alienar totalmente a Biosintética, caso suas contingências fossem julgadas excessivas ou fossem identificadas práticas comerciais incompatíveis com aquelas adotadas pelo Grupo Aché, ou, ainda, caso a operação não fosse aprovada pelo CADE.

(ix) O próprio autuante reconhece que o suposto interesse fiscal para a utilização da Delta Par na operação não seria a única motivação para a realização da operação questionada, restando evidente que os negócios jurídicos praticados no caso presente são válidos e que o Fisco nada pode objetar, já que inexistente o alegado abuso de direito”.

Conclusão oposta à que chegou o acórdão recorrido não encontraria guarida no sistema jurídico. **Afinal, diante de *obstáculos negociais* efetivamente reconhecidos pelo acórdão *a quo* para que a ACHÉ absorvesse a BIOSINTÉTICA ou fosse absorvida por esta, a consequência deveria ser a perda da possibilidade de aproveitamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura efetivamente suportado?**

No presente caso, diante da impossibilidade do ACHÉ implementar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, deve ser questionado por qual fundamento deveria essa empresa sofrer restrições ao seu direito de auto-organização, não lhe sendo permitida a transferência de seu investimento na BIOSINTÉTICA, com a observância de todas as normas societárias e regulatórias, a uma empresa controlada (DELTA) que possa implementar tecnicamente a reunião de acervos patrimoniais tecnicamente prescrita pelo legislador. Ou, com olhos ao princípio da igualdade e da livre concorrência, a administração fiscal está utilizando um critério de discriminação válido e legítimo para que tais empresas sejam submetidas a condições desiguais em comparação com outras concorrentes que, por não possuírem os mesmos “obstáculos negociais” reconhecidos pelo acórdão *a quo*, poderiam se aproveitar da aludida dedução fiscal?

6. Conclusões sobre o caso em análise.

No recurso especial interposto pela PFN, ora em análise, foi requerido, entre outras coisas, que esta CSRF decida quanto à validade de operações de reestruturação societária realizadas pelo contribuinte, rotuladas como *transferência de investimento registrado, pelo MEP, com ágio por expectativa de rentabilidade futura*. A PFN interpôs o referido recurso em face de acórdão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade do ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado na aquisição da BIOSINTÉTICA, bem como o seu posterior aproveitamento fiscal.

Na busca da melhor solução à presente demanda, foram analisados *elementos prescritos pelo legislador como requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio*: **os aludidos requisitos foram atendidos pela contribuinte, o que já seria suficiente para manter incólume o acórdão recorrido, que considerou legítimos os atos praticados pelo contribuinte.**

Também foi analisados elementos que vêm sendo adotados pela jurisprudência do CARF como uma espécie de *safe harbours* em casos semelhantes ao ora em análise: **o contribuinte apresenta características para se valer dos *safe harbours* em questão.**

Embora pessoalmente não considere os referidos elementos determinantes, é eloquente saber que o caso em julgamento preenche uma série de requisitos adotados por respeitadas Conselheiras em diversos julgamentos do CARF, os quais militam a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, foram investigados elementos que, embora adotados como fundamento em alguns julgados do CARF, são na verdade indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio: **ainda assim, o contribuinte apresenta características para se valer desses fundamentos que se prestariam a demonstrar a legitimidade de seus atos.**

Novamente, embora pessoalmente considere os referidos elementos não interfiram em nada para a aferição da legitimidade da amortização fiscal das despesas de ágio, é curioso saber que o caso em julgamento preenche também esses elementos, o que mais uma vez milita a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por todo o exposto, *permissa venia* à maioria que compreendeu de forma diversa, deve ser negado provimento ao recurso especial da PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto, a fim de que se mantenha a acertada decisão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade e dedutibilidade das despesas de amortização de ágio pelo contribuinte. É como voto.

(Assinado digitalmente)

Conselheiro Luís Flávio Neto.

Declaração de voto

Conselheira Livia De Carli Germano

No julgamento em questão acompanhei o Conselheiro Relator em suas conclusões, razão porque optei por apresentar a presente declaração de voto.

Tem se destacado que a possibilidade de amortizar o ágio pago na aquisição de uma sociedade foi introduzida no contexto das privatizações e tinha o intuito de promover a valorização das empresas que eram objeto de tal processo. Isso porque esse “benefício” seria levado em consideração pelos compradores na formação do preço, permitindo que apresentassem um lance maior pelas empresas a serem privatizadas.

Todavia, a exposição de motivos da Medida Provisória 1.602/1997, convertida na Lei 9.532/1997 (e que por sua vez é a base legal do art. 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999), traz um contexto um pouco diferente.

Conforme se depreende do trecho abaixo, as novas exigências trazidas pela norma -- em especial a de que o ágio tivesse por fundamento a rentabilidade futura da investida

e a de que a amortização fiscal ocorresse em no mínimo 5 anos após a liquidação do investimento -- tiveram por escopo exatamente evitar "planejamentos tributários", os quais consistiam, basicamente, na aquisição de empresa deficitária por valor acima de seu patrimônio líquido imediatamente seguida de incorporação. Isso porque, antes da Lei 9.532/1997, tal medida acarretava o reconhecimento da totalidade do ágio como perda, passível de amortização imediata, independentemente da fundamentação do ágio. Veja-se:

"11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial. Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo."⁶³

Neste sentido, podemos citar como exemplo do "planejamento tributário" acima referido, o seguinte caso:

Ementa: "IRPJ/CS – INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE –AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – DEDUTIBILIDADE – Na incorporação de sociedade, com acervo líquido da sociedade incorporada avaliado a valor de mercado, o ágio anteriormente registrado pela controladora e baixado em razão da liquidação do investimento é dedutível na apuração do lucro real e na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro." (Processo 10980.006561197-68, Acórdão 107-05875, de 22/02/2000).

Merece destaque o seguinte trecho do voto vencedor do acórdão acima:

"Obviamente que não se pode olvidar que as operações praticadas pela recorrente redundaram na absorção do ágio que anteriormente se formara, reduzindo o seu lucro tributável. Mas, ao tempo em que tais operações se realizaram, além das regras insertas no citado art. 380 do RIR/94, não havia nenhuma outra vigente, o que em negócios do gênero (aquisições de sociedades seguidas de sua absorção) abria espaços para a estruturação de operações que, desde logo, permitiam a dedutibilidade do ágio pago.

O legislador, ciente de que a reboque de tais negócios realizavam-se operações de planejamento tributário, por intermédio da Lei 9532/97 veio a disciplinar a figura do ágio, estabelecendo o tratamento tributário de conformidade com a sua natureza.

Portanto, considerando que a dedução do ágio que motivou o presente lançamento se verificou em momento anterior ao de vigência da referida lei, tendo as operações estruturadas se pautado pelas regras impostas na legislação societária e em conformidade com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, não havendo, por parte da autoridade que presidiu o ato de lançamento, nenhuma acusação quanto a eventual ilicitude ou simulação dos atos praticados, realmente não vejo como se manter o lançamento. (...) o que se via no momento da realização das operações em questão era um absoluto vazio legislativo, que propiciava em

operações da espécie a dedutibilidade imediata e integral do ágio, tanto que o legislador, talvez até tardiamente, tratou de adequadamente regulá-las." (grifamos)

Assim, apesar do viés político que é atribuído a sua introdução na legislação, há que se salientar que a amortização do ágio pago na aquisição de sociedade brasileira tem lógica na sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL.

A legislação tributária estabelece que o ágio pago em razão da rentabilidade futura da sociedade adquirida pode ser amortizado e deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL após a alienação ou a liquidação do investimento.

Tais condições não são aleatórias. Na verdade, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que dão margem ao reconhecimento de um ganho ou uma perda, correspondentes à diferença entre o valor pago na aquisição da participação societária ("custo") e o valor pelo qual esta é alienada ou liquidada (respectivamente, valor de venda ou valor de patrimônio líquido). A ocorrência de tais eventos, nos termos do Decreto-Lei 1.598/1977 (em especial, arts. 25, 33 e 34), acarretava a tributação do ganho (quando realizado), assim como permitia considerar a perda uma despesa dedutível.

Como visto, antes da edição da Lei 9.532/1997, para fins tributários o ágio era integralmente amortizado no momento em que houvesse a incorporação, e era assim não porque nesse momento a despesa com o ágio seria confrontada com a receita que lhe deu origem, ou porque neste momento ocorreria a "confusão patrimonial" entre investidora e investida, mas tão somente porque, a partir de então, aquele investimento necessariamente seria baixado, originando uma perda em termos tributários.

Vale notar que tal tratamento fiscal do ágio poderia ser aplicado ainda que o ágio tivesse sido amortizado contabilmente, sendo ainda aplicável inclusive às sociedades que não estivessem obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial, como reconheceu o §6º, I, do artigo 386 do RIR/99:

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;

(...)

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

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

(...)

E resumo, longe de criar um "benefício fiscal" -- visto que a amortização fiscal do ágio já era prevista na legislação, e em condições muito mais amplas --, o que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram foram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma, foram estabelecidas

buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.

Assim, uma vez que tais condições tenham sido observadas, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida.

Dizemos a princípio porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (inciso VII).

No caso em questão, o que se observa é que a aquisição que deu origem ao ágio ora amortizado ocorreu em duas etapas. Primeiro, a ACHÉ adquiriu, com ágio, participação societária na BIOSINTÉTICA, sendo que, pouco mais de um mês depois, a ACHÉ transferiu tal participação societária, por meio de integralização de capital social, para a DELTA, o que fez com que o ágio passasse a ser registrado por esta última, com base no mesmo relatório de rentabilidade futura que embasou o destaque do ágio pela ACHÉ (relatório datado de 11/10/2005).

Com a posterior incorporação da BIOSINTÉTICA pela DELTA, pretendeu-se a amortização fiscal do ágio então registrado nesta última.

Ocorre que, no caso, verifica-se que a existência da DELTA foi meramente formal. Conforme apurou a fiscalização, durante sua efêmera duração (cerca de 7 meses) esta sociedade não exerceu qualquer atividade, não teve funcionários nem contabilizou despesas compatíveis, nem mesmo com a remuneração de seus diretores, por sinal os mesmos de sua controladora ACHÉ. Ora, mesmo uma *holding* requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ.

Diante de tais fatos, não há como se admitir que tenha existido uma "sociedade" nos termos do artigo 981 do Código Civil:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

A existência de razões práticas, negociais ou mesmo de exigências legais para que a aquisição de terceiros fosse feita por outra empresa (por exemplo uma obrigação contratual, eventual determinação de agência reguladora, etc.) pode até ser requisito necessário à validade da chamada "transferência do ágio", mas não chega a ser suficiente, mormente se a empresa dita adquirente existe apenas formalmente.

Neste sentido, considerando a existência meramente formal da DELTA, a conclusão a que se chega é de que não houve a necessária liquidação do investimento e que, portanto, está ausente um dos requisitos legais para a amortização fiscal do ágio. Daí porque o Termo de Verificação fiscal afirma que o ágio em questão apenas poderia ser amortizado caso a ACHÉ incorporasse a BIOSINTÉTICA ou vice-versa.

Em vista do exposto acima é que orientei meu voto para acompanhar o Conselheiro Relator em suas conclusões.

(Assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano