



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	16682.720867/2021-26
ACÓRDÃO	9101-007.647 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	5 de agosto de 2026
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	SALOBO METAIS S/A

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. FUNDAMENTO DE ÁGIO AMORTIZADO. LAUDO NÃO CONTEMPORÂNEO. AUSÊNCIA DE DECISÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece de recurso especial contra matéria que não foi objeto de decisão no acórdão recorrido.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INTERPOSIÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO SEM SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É legítima a desconsideração de sociedade sem substância econômica própria e que se presta, apenas, a reproduzir formalmente os pressupostos necessários à aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e a viabilizar artificialmente o aproveitamento fiscal do ágio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “possibilidade de amortização do ágio”. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso, com retorno dos autos ao colegiado a quo para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa não apreciados no acórdão recorrido, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento. Votaram pelas conclusões da relatora os Conselheiros Efigênio de Freitas Júnior e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designado para redigir os fundamentos do voto vencedor o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa - Relatora

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Redator do voto vencedor e Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Efigênio de Freitas Junior (substituto integral), Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1201-006.793, na sessão de 16 de maio de 2024, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2016, 2017

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente, contra o qual o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, e em que constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Inocorrente a nulidade da decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2016, 2017

DECADÊNCIA. DEDUÇÃO DE ÁGIO AMORTIZADO.

A formação do ágio não tem como consequência o surgimento de uma obrigação tributária. Já a dedução da despesa que sua amortização representa acarreta, nas hipóteses legalmente autorizadas, a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ou seja, produz evidentes efeitos fiscais. Assim, somente com a realização de dedução indevida a tal título é que ocorre infração à legislação tributária, sendo cabível a partir de então a lavratura de auto de infração. Por isso, o termo inicial de contagem do prazo decadencial, independentemente da regra que se utilize para tanto, é o momento em que a legislação atribui efeitos tributários à dedução indevida, e não o momento da formação do ágio.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio. Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intensão, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

DEVER LEGAL DE PAGAR (LICITAMENTE) TRIBUTOS. DEVER DE SOLIDARIEDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

LÍCITO. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DE DIREITO, ARTIFICIALIDADE DE FORMAS, FRAUDE, DOLO, CONLUÍO OU QUALQUER PATOLOGIA DO ATO JURÍDICO PRATICADO.

Nas circunstâncias em que, lícitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, torna-se ilegítima a autuação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar ilicitamente tributos.

A inexistência norma jurídica específica que discipline a desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário abusivo ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário, de forma que a norma geral antielisiva do art. 116 do CTN possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária.

Admite-se combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja tipo infracional específico.

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA TRANSAÇÃO.

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstre a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2016, 2017

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2016 e 2017 a partir da glosa de amortização de ágio. A autoridade julgadora

de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 13719/13736). O Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento ao recurso voluntário (e-fls. 13814/13846).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 23/07/2024 (e-fl. 13847) e em 05/09/2024 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 13848/13924 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 13927/13939, do qual se extrai:

Em 23/07/2024, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do acórdão acima referido. Nos termos do art. 23, §§ 8º e 9º, do Decreto nº 70.235/72, a PGFN foi considerada intimada ao término do prazo de trinta dias contados da data acima mencionada, ou seja, em 22/08/2024, e em 05/09/2024, o referido órgão apresentou tempestivamente o recurso especial cuja admissibilidade está sendo agora examinada.

[...]

Nesta fase de recurso especial, a PGFN alega que houve divergência de interpretação da legislação tributária quanto às seguintes matérias:

- 1- DIVERGÊNCIA QUANTO À POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO; e
- 2- DIVERGÊNCIA QUANTO À TEMPESTIVIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO.

O exame de admissibilidade será feito separadamente para cada um dos tópicos acima.

- 1- DIVERGÊNCIA QUANTO À POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO.

Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos:

[...]

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 9101-003.612 e 9101-003.363, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio pago com recursos

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 9101-003.612 e 9101-003.363, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a possibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio pago com recursos transferidos por empresa ligada, no contexto de discussões sobre a figura do real adquirente (real investidor), a utilização de empresa veículo, a ocorrência ou não da confusão patrimonial que autorizaria a dedução do ágio, etc.

O acórdão recorrido entendeu que *“a Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização”*.

Já os paradigmas defenderam entendimento no sentido de que não tendo havido a confusão patrimonial entre a real adquirente (real investidora) e a empresa investida, ainda que a operação envolvesse partes independentes, com efetivo pagamento do ágio, o ágio não poderia ser dedutível das bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

A divergência, portanto, está caracterizada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a matéria tratada neste primeiro tópico.

2- DIVERGÊNCIA QUANTO À TEMPESTIVIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO.

Para a demonstração da alegada divergência, foram apresentados os seguintes argumentos:

[...]

Vê-se que os paradigmas apresentados, Acórdãos nºs 1402-002.144 e 1301-001.788, constam do sítio do CARF, e que eles não foram reformados na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esses paradigmas servem para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão recorrido.

Realmente, há similitude fática entre os casos cotejados, e as decisões foram divergentes.

Tanto no recorrido quanto nos paradigmas, os julgadores se ocuparam em examinar questão sobre a necessidade de apresentação de laudo contemporâneo à operação que originou o ágio, para fins de sua dedutibilidade.

De acordo com o acórdão recorrido, *“a recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 3º, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não*

exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14”.

Os paradigmas, por outro lado, concluíram que a apresentação de laudo tempestivo, elaborado antes da operação que originou o ágio, é elemento indispensável para a sua dedutibilidade.

A divergência, portanto, está caracterizada.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a matéria tratada neste segundo tópico. *(destaques do original)*

A PGFN anota que *no caso, a Fiscalização entendeu que a contribuinte deduziu indevidamente, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, despesas com amortização de ágio. Em resumo, a fiscalização chegou à conclusão de que a VALE é a real investidora na compra das ações da SALOBO. A CBI seria uma empresa veículo, sem proposto negocial e que foi criada apenas com o intuito de se permitir, em momento futuro, a amortização do ágio pela impugnante, quando do início da exploração da jazida que se iniciou em 2016.*

Registra que o colegiado recorrido, entendeu por bem cancelar as glosas referentes ao ágio amortizado pela CBI, sob o argumento de que utilização de empresa veículo não impede o aproveitamento do ágio. O colegiado também afastou tese de intempestividade do laudo sob o argumento de que não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

E, depois de transcrever os contornos da operação expressos no voto condutor da decisão de 1ª instância, bem como os fundamentos do Colegiado *a quo*, aduz com respeito à primeira matéria que:

Observa-se que a empresa CBI não foi constituída como resultado de um arranjo empresarial. Tendo sido criada com o único propósito para aquisição na participação da interessada com ágio e posteriormente ser incorporada para se obter uma redução no pagamento dos tributos.

Destaque-se que, no presente recurso, o que ora se questiona, e é objeto da divergência, é a possibilidade de amortização desse ágio gerado, apesar de não ter havido a confusão patrimonial exigida pela legislação tributária entre a empresa investida e a real investidora, mas, tão somente, entre investida e intermediária (veículo), ao argumento de que essa revestiu-se de investidora quando do dispêndio para a aquisição societária.

A interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 somente autoriza a dedução do ágio quando ocorre a “confusão patrimonial” entre a investida e a sua **real investidora**.

No entanto, o acórdão recorrido entendeu que houve a necessária confusão patrimonial entre a investida e a empresa veículo, não obstante seja essa apenas

adquirente de direito, mas não de fato aquela que suportou o sacrifício para a aquisição que gerou o ágio (papel exercido pela controladora CBD).

Note-se que para a Turma recorrida não existe qualquer irregularidade na constituição de uma empresa intermediária, de duração efêmera, para receber recursos a serem utilizados na aquisição de sociedade, que posteriormente a incorporará, com exclusivo objetivo tributário, a saber, de dedução do ágio. Entende o Colegiado, em suma, que esse arranjo promovido pelo “real investidor”, aquele que efetivamente acreditou na mais-valia e suportou o ônus financeiro, encontra-se dentro da liberdade de auto-organização.

Nesse contexto, a Turma a quo compreende que é suficiente, para cumprir o requisito da confusão patrimonial, inserto nos arts. 385 e 386 do RIR/99 (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), a confusão entre a investida e a empresa-veículo.

Diversamente manifestou-se a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Examinando hipótese em que a real adquirente transferiu recursos para a empresa veículo a fim de que esta efetuasse a aquisição, com o objetivo de, após o processo de incorporação, amortizar o ágio, a Turma concluiu por sua indedutibilidade. Eis a ementa do acórdão paradigma nº 9101-003.612:

[...]

A fim de melhor demonstrar a divergência jurisprudencial, transcreve-se trecho do voto condutor do acórdão paradigma nº 9101-003.612, da lavra do Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. *In verbis*:

[...]

Patente, portanto, a divergência jurisprudencial no que toca aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (arts. 385 e 386 do RIR/99).

Note-se que a situação fática examinada nos acórdãos recorrido e paradigma é muito similar. Em ambos os casos, criou-se uma empresa veículo, sem substância econômica ou propósito extratributário, às vésperas da aquisição da empresa investida. Também nas duas situações as empresas intermediárias receberam recursos das reais investidoras – aquelas que efetivamente acreditaram na mais valia, realizaram os estudos e negociações e suportaram o ônus financeiro – com o objetivo de repassá-los para o vendedor para concluir a aquisição. E, poucos meses depois, nos dois casos, as empresas veículo foram incorporadas pelas investidas, que passaram a amortizar o ágio.

Em que pese a enorme similitude fática, as Turmas chegaram a conclusões destoantes.

O Colegiado a quo concluiu que a interposição da empresa veículo, com o objetivo de futuro aproveitamento do ágio, não constitui qualquer irregularidade. Trata-se, na sua visão, de uma economia de opção fundada no direito de auto-organização.

Diversamente, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais concluiu pela impossibilidade de dedução do ágio. Entendeu que a interposição de uma empresa veículo, sem substância econômica, de duração efêmera, e sem qualquer propósito extratributário, constitui um negócio artificial, que não cumpre os requisitos insertos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 para a dedutibilidade do ágio.

Destaque-se que, para a Turma prolatora do paradigma, considera-se “real adquirente”, a investidora originária, *“aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária”*. Destoa, portanto, do Colegiado recorrido, que considera como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a empresa que *“recebe o bem em troca do pagamento do preço”*. Para o Colegiado a quo não há necessidade de se cogitar quem planejou a aquisição, realizou os estudos e as negociações e nem mesmo quem enviou os recursos, repassados pela intermediária para o comprador, o que denota divergência de entendimento com aquele adotado pelo paradigma.

Nessa toada, tem-se que, para o Colegiado recorrido, a confusão patrimonial entre a investida e a empresa veículo satisfaz as condições de dedutibilidade do ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Diversamente, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais entende que a confusão patrimonial entre a investida e a empresa veículo não autoriza o aproveitamento do ágio, em face da previsão do art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, que exige que a confusão se dê entre o real investidor e a investida.

No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma da Câmara Superior por ocasião da prolação do acórdão nº 9101-003.363, cuja ementa abaixo se transcreve na integralidade, *verbis*:

[...]

Seguindo-se no cotejo da análise da divergência apresentada, os trechos do voto do **Conselheiro Redator** corroboram o ementado, reforçando a divergência jurisprudência com o acórdão recorrido, **tanto no mérito quanto no conhecimento**:

[...]

Perceba-se que o acórdão paradigma afastou expressamente a possibilidade de empresa intermediária (veículo) utilizada para aquisição societária configurar confusão patrimonial, por ausência de normatização que preveja a possibilidade de intermediação ou interposição por outras pessoas jurídicas, que não a investidora real.

Dessa forma, o entendimento vergastado no acórdão recorrido diverge do posicionamento firmado no Acórdão paradigma, proferido pela 1ª Turma Câmara Superior de Recursos Fiscais, quando admite a amortização do ágio embasado na “confusão patrimonial” entre empresa investida e empresa

intermediária, o que foi frontalmente rechaçado pelo paradigma, uma vez que descaracteriza a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Pelo exposto, verifica-se que apesar do reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio (ponto de semelhança entre os processos), a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (divergindo do Colegiado *a quo*) entendeu que não há ágio a ser amortizado com efeitos fiscais, pois, tais efeitos pretendidos somente se verificam acaso existente a confusão patrimonial entre real investidora e investida, tal como fixado nos acórdãos paradigmas.

Devidamente demonstrada a divergência jurisprudencial, merece ser conhecido o presente recurso especial também em relação à segunda matéria. (destaques do original)

Na sequência, com respeito à segunda matéria, aponta:

Pois bem. A autoridade fiscal considerou que a intempestividade dos laudos constituía óbice intransponível para a dedutibilidade dos ágios.

O voto condutor do acórdão recorrido registra a tal discussão da seguinte forma:

[...]

O Colegiado *a quo*, considerou que a ausência de laudos contemporâneos ao fechamento das aquisições, não constituía impedimento ao aproveitamento dos ágios. É o que se extrai de forma cristalina da própria ementa do acórdão recorrido. Confira-se:

[...]

Diversamente, manifestou-se a Segunda Turma da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF, a qual concluiu que a apresentação de laudo produzido por terceiro, contemporâneo às operações, é elemento indispensável para autorizar a dedutibilidade do ágio.

Transcreve-se a seguir a ementa do acórdão paradigma nº 1402-002.144, proferido pela 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF. Registre-se que nem o acórdão de embargos nº 1402-002.282, nem o acórdão de recurso especial nº 9101-003.059, reformaram aquele acórdão no que toca à necessária tempestividade do laudo:

[...]

No mesmo sentido da impossibilidade de dedução de ágio em face da inexistência de laudo contemporâneo já decidiu a Primeira Turma da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF. Eis a ementa do acórdão paradigma nº 1301-001.788:

[...]

Patente a divergência no que toca à interpretação do art. 385, § 3º do RIR/99 (art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598/77).

Destaque-se que o ponto fulcral da divergência diz respeito à tempestividade da comprovação de ágio com fundamento em rentabilidade futura para fins de sua amortização.

O Colegiado a quo aduziu que “o fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstre a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.”. Em sentido diametralmente oposto, as Turmas prolatoras dos paradigmas concluíram que a apresentação de laudo tempestivo, elaborado antes da operação que originou o ágio, é elemento indispensável para sua dedutibilidade.

Devidamente demonstrada a divergência jurisprudencial, merece ser conhecido o recurso especial no que toca ao primeiro ponto de insurgência. (*destaques do original*)

Defende a reforma do acórdão recorrido afirmando a *inexistência de direito à amortização do ágio no presente caso*, sob os seguintes fundamentos:

A) Do benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e 385 e 386 do RIR/99

Antes de analisar a questão da empresa veículo e do fundamento econômico do ágio, é importante firmar algumas premissas sobre a interpretação e a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Em termos contábeis a figura do ágio¹ se caracteriza por um registro que permite ao seu titular controlar a recuperação de um custo realizado no presente e que contribui para a formação de um resultado que será auferido no futuro. Assim, adotando como regra-matriz o princípio contábil da correspondência (ou correlação) entre receitas e despesas, ao registrar um ágio, a pessoa jurídica reconhece que parte do seu custo na aquisição de um investimento no presente corresponde a um resultado que lhe será entregue no futuro pela própria participação societária adquirida, e, por meio da amortização do ágio, a pessoa jurídica, então, apropria a referida despesa conforme o resultado futuro é auferido (faz a devida correspondência conforme determina o princípio contábil citado).

Dessa maneira, quando da percepção desse resultado futuro, na medida em que a controlada realiza o fundamento econômico que justificou o pagamento do ágio por sua controladora, esta, no lugar de registrar esse lucro como aumento do seu

¹ Em razão do presente processo tratar dos efeitos fiscais da amortização de ágio, e a fim de tornar a exposição do tema mais objetiva e clara possível, não será abordada a figura do deságio na presente peça. Contudo, tal silêncio não afeta em nada o objetivo proposto, uma vez que o deságio nada mais é do que o “registro oposto” do ágio, ou seja, todos os aspectos relativos ao ágio também são aplicados ao deságio, contudo, sob a ótica de uma redução futura de capital, e não de ganho.

patrimônio por meio do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), **anula os efeitos dessa receita de equivalência patrimonial com o registro da despesa de amortização do ágio**, e assim o aumento do custo pelo qual a controladora reconhece a controlada (valor de patrimônio líquido – PL) não se dá por meio de um aumento patrimonial, mas sim pela **recuperação de um custo realizado no passado**. Em resumo, há um **ajuste entre as contas que compõem o custo de aquisição da participação societária**, onde o valor que estava registrado na conta relativa ao ágio passa a integrar a conta correspondente ao valor de PL do investimento. A fim de deixar a explicação proposta ainda mais clara, citam-se as seguintes palavras de José Luiz Bulhões Pedreira²:

*Como os bens do ativo são registrados na contabilidade pelo custo histórico, é comum que a pessoa jurídica investidora se disponha a pagar pela participação societária valor superior ao de patrimônio líquido contábil. **Esse ágio é preço pago pelos lucros potenciais contidos em determinados bens do ativo da coligada ou controlada**. Nesse caso, o fundamento do ágio deve ser especificado nos comprovantes do desdobramento para que, **quando a coligada ou controlada realizar esses lucros, a investidora possa reconhecê-los na escrituração como recuperação de custo, e não como participação em lucro**.*

--- omissis ---

*Ágio é a parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao **direito de participar em valores da controlada ou coligada que não se acham registrados na sua escrituração**.*

*Assim, o ágio cujo fundamento é a diferença entre o valor de mercado e o contábil de determinados bens do ativo da afiliada é preço pago pela investidora para **adquirir o direito de participar em lucros potenciais, ainda não reconhecidos pela afiliada**. O ágio cujo fundamento é o valor de rentabilidade da afiliada superior ao valor de patrimônio líquido contábil é preço pago pela investidora para **adquirir o direito de participar nos lucros previstos**. O ágio cujo fundamento econômico é fundo de comércio ou marca comercial ou industrial é preço pago pela investidora para adquirir o **direito de participar** do valor desses intangíveis da afiliada, que não se acham registrados na sua contabilidade*

*Sempre que seu fundamento é identificado e quantificado, o ágio deve continuar registrado como elemento do ativo da investidora enquanto existir, na controlada ou coligada, o valor que o justificou, ou seja, que constitui (indiretamente) o objeto da aplicação de capital. **À medida em que a afiliada realiza esse valor, a investidora recupera (através da participação nos lucros) o capital aplicado**; e se a afiliada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado. (grifos nossos)*

A partir da natureza contábil do ágio de **registro de ajuste** que possibilita a transferência de valores entre contas do ativo que representam o custo de aquisição do investimento (**recuperação de custo**), chega-se, portanto, que **em termos contábeis** o cálculo do custo de aquisição de um investimento abrange **somente** o valor do ágio **que ainda não fora amortizado**. Tal aspecto decorre do fato de que o valor do ágio amortizado passa a integrar o valor de PL pelo qual o investimento é reconhecido pela sua controladora. Assim, com base na natureza

² In: _____. Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC. Ed. 1979. pp. 516, 533/534.

contábil de recomposição de custo, pode-se dizer que não há lógica a inclusão do ágio já amortizado no cálculo do custo de aquisição de uma participação societária, isso porque tal inclusão proporcionaria a contabilização em duplicidade do ágio amortizado pela controladora: uma vez no valor do valor de PL da participação societária, outra como ágio amortizado.

Outrossim, partindo da natureza do ágio de recuperação de custo, vale destacar outro aspecto desse registro que decorre do seu aspecto contábil. Sendo uma forma de recuperação no presente de capital investido no passado (agora estamos falando da amortização e não do “surgimento” do ágio), onde o valor que estava registrado como ágio passa a integrar o montante pelo qual a controladora reconhece a controlada (valor de PL), vê-se que a amortização do ágio não proporciona a redução ou o aumento do patrimônio da pessoa jurídica que detém a participação societária como investimento, mas apenas um ajuste entre contas do ativo. Como explicado anteriormente, a amortização do ágio apenas proporciona o registro de uma despesa que anula os efeitos patrimoniais da receita de equivalência patrimonial, impossibilitando, assim, essa receita causar o aumento patrimonial da controladora. Logo, conclui-se que, em termos patrimoniais da controladora, a amortização do ágio é neutra.

Ademais, além de ser patrimonial e contabilmente neutra, a amortização do ágio, via de regra, também não possui efeitos fiscais³. A ineficácia fiscal da amortização do ágio, por seu turno, decorre do fato de a receita de equivalência patrimonial não ser tributada⁴ (pelo IRPJ e pela CSLL). Assim, por ser um registro de mero ajuste contábil, a sorte fiscal da amortização do ágio deve acompanhar a sorte da receita de equivalência patrimonial que visa a anular (registro que visa a ajustar), e, portanto, sendo essa receita não tributada, a despesa de amortização também não deverá ter efeitos fiscais, devendo ser adicionada (não ser dedutível). Diante de tal conclusão, por outro lado, pode-se dizer que, quando a receita de equivalência for tributada, a despesa de amortização poderá ser deduzida fiscalmente.

Nesse mesmo sentido valem ser registradas as seguintes palavras de José Luiz Bulhões Pedreira⁵:

Determinação do Lucro Real – As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor do

³ Artigo 25 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

⁴ Artigos 22 e 23 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

Art. 22. O valor do investimento na data do balanço, conforme o disposto no inciso I do caput do art. 20, deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no art. 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

⁵ Op. Cit. pp. 539/540.

investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

*A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido, impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é **recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento**. O mesmo ocorre no caso de deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição. (grifos nossos)*

Portanto, com base no que até aqui fora exposto, duas importantes conclusões podem ser ressaltadas: primeira, o custo contábil de aquisição de uma participação societária leva em consideração apenas o valor do ágio ainda não amortizado (pois o saldo amortizado já está incluído no valor de PL do investimento reconhecido pela controladora); segunda, tributariamente, a despesa de amortização do ágio só poderá ter efeitos fiscais quando a correspondente receita de equivalência patrimonial for tributada.

Todavia, em que pese a clara lógica contábil e tributária demonstrada, a legislação preferiu adotar efeitos diversos à amortização do ágio. Nesse diapasão, o artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, em todas as suas redações, prevê a inclusão do valor do ágio amortizado (e pago com base em outros fundamentos econômicos que não o valor de mercado de bens do ativo) no custo fiscal do investimento para fins de apuração de perda ou ganho de capital.

Ao prever essa forma de cálculo, a legislação tributária, portanto, afasta o custo contábil do custo fiscal, pois passa a admitir no cálculo do custo fiscal valores que não são incluídos no cálculo do custo contábil. E, ao promover esse aumento “fictício” do custo de aquisição, pode-se dizer inclusive que legislação tributária criou um benefício fiscal, uma vez que, ao aumentar o custo de aquisição, reduz eventual ganho de capital a ser tributado.

No entanto, deixando de lado qualquer discussão acerca de que tal forma de apuração do custo fiscal é benefício ou não, fato é que a admissão da inclusão do valor do ágio amortizado no custo vai de encontro, tanto à natureza contábil do ágio de ajuste, como ao paralelismo tributário que adota com a receita de equivalência patrimonial que visa a neutralizar. Esse duplo “choque” ocorre pois, ao adotar o ágio amortizado como custo, a legislação tributária aumenta o seu valor sem substância econômica e autoriza a dedução da despesa sem a tributação da correspondente receita. Nesse sentido, vale lembrar que a receita de equivalência patrimonial não é tributada em nenhum momento no patrimônio da controladora.

Todavia, para a abordagem ora pretendida, vale o registro de que, ao dissociar os efeitos contábeis da amortização do ágio dos seus efeitos tributários normais, o Decreto-Lei nº 1.598/1977 teve que o fazer EXPRESSAMENTE. Em outras palavras, não sendo lógico tal dissociação, o artigo 33 teve que prever expressamente essa possibilidade.

Outra situação que merece análise abrange o disposto no artigo 7º da Lei nº 9.532/1997. Esse dispositivo autorizou a dedução fiscal da amortização do ágio pautado em rentabilidade futura quando ocorrer a confusão patrimonial entre controladora e controlada. Nesse caso, vale destacar que a legislação tributária respeitou a lógica contábil e tributária do ágio, pois não foi de encontro a nenhum aspecto da sua natureza; houve respeito tanto a sua natureza de ajuste como à ligação com a sorte tributária da receita a que corresponde. Explica-se.

Segundo prevê o referido artigo 7º, após haver a confusão patrimonial entre controladora e controlada, o que pode ocorrer por meio de incorporação, fusão ou cisão, o ágio então registrado pela controladora poderá ter a despesa com a sua amortização contábil deduzida na apuração do IRPJ e da CSLL. Esse efeito fiscal da despesa, contudo, não decorre simplesmente do mandamento legal, tal como ocorre com a apuração do custo de aquisição fiscal previsto no artigo 33 acima ressaltado, mas sim é consequência da lógica contábil e tributária aqui exposta.

Com efeito, antes de ocorrer a confusão patrimonial prevista na norma, como já explicado acima, a amortização do ágio corresponde ao ajuste contábil entre as contas relativas ao custo de aquisição pelo qual a controlada é reconhecida pela sua controladora (recuperação de custo), e esse ajuste ocorre de acordo com o princípio da correlação entre receitas e despesas. Sendo assim, alocando a despesa que realizou a fim de obter aquele resultado futuro, a controladora amortiza o ágio conforme auferir a correspondente receita de equivalência patrimonial, e, sendo essa receita não tributada, a relativa despesa de amortização do ágio também não é dedutível.

No entanto, ao ocorrer a confusão patrimonial entre a controladora e a controlada, o custo do ágio encontra a sua origem direta, ou seja, a amortização do ágio não será mais “emparelhada” com a receita de equivalência patrimonial, mas sim com a origem dessa receita, que é o resultado da controlada, e que agora está no mesmo patrimônio da controladora. Assim, após a confusão patrimonial, não há mais que se falar que a amortização do ágio visa a promover um ajuste nas contas de custo do investimento (até mesmo porque esse investimento não mais existe), mas sim que essa amortização visa a alocar a despesa com o pagamento do ágio na medida em que a rentabilidade futura é efetivamente auferida pela empresa resultante da confusão patrimonial. E, como essa rentabilidade futura agora é da empresa resultante, ela agora é tributada como receita operacional, e, portanto, a despesa de amortização do ágio, que foi um custo para a antiga empresa a fim de obter essa rentabilidade, passa também a ser passível de dedução (como uma despesa operacional).

Portanto, a Lei nº 9.532/1997 nada mais fez do que, com base no princípio contábil da correlação entre receitas e despesas, transformar a despesa de amortização de ágio em uma despesa operacional. Para tanto exigiu que, por meio da confusão patrimonial, a receita de equivalência patrimonial se transformasse em receita operacional.

Por oportuno valem ser tecidas breves considerações acerca da possibilidade de dedução da despesa com amortização de ágio nos casos de confusão patrimonial entre controladora e controlada antes da vigência da Lei nº 9.532/1997. Antes da edição dessa lei, tal possibilidade fática passou pelo tratamento de dois diplomas distintos. Inicialmente o assunto foi tratado pelo artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/1977⁶, o qual não abordava especificamente a dedutibilidade do ágio nessas situações, mas sim tratava da apuração de ganho ou perda de capital pela empresa resultante nessas operações societárias.

Assim, segundo o referido dispositivo, havendo a confusão patrimonial entre controladora e controlada, se o resultado patrimonial da operação fosse negativo, a perda só poderia ser deduzida fiscalmente se o acervo líquido absorvido fosse avaliado a valor de mercado, e, se o resultado fosse positivo, o ganho inevitavelmente deveria ser tributado, existindo possibilidades de seu diferimento. Em outras palavras, o artigo 34 não estabelecia a possibilidade de dedução fiscal do ágio, mas, como previa a apuração do resultado da operação com base no valor contábil da participação societária, e, de acordo com o artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, para fins de apuração de ganho e perda de capital, o valor contábil inclui o valor do ágio amortizado, conclui-se que o referido artigo 34 previa também a inclusão desse saldo.

Vale ressaltar, por último, que apesar de a incorporação da controlada pela controladora importar a extinção dessa primeira pessoa jurídica, tal evento não reclamava para si a apuração do ganho ou perda de capital nos termos do artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Esse impedimento decorre da especificidade do artigo 34 sobre as operações societárias nele previstos. Todavia, o referido artigo 34 foi revogado com a vigência da Lei nº 9.430/1996, em especial o parágrafo 1º

⁶ Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

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

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

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

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

do seu artigo 1º⁷. Tal revogação foi tácita uma vez que a citada norma determinou que, em todos os casos de incorporação, fusão ou cisão, a pessoa jurídica que tiver o seu patrimônio absorvido deverá levantar balanço específico para esse fim, e, a depender do valor imputado ao patrimônio a ser transferido, deverá apurar perda ou ganho de capital.

Ou seja, a partir da Lei nº 9.430/1996 o aproveitamento fiscal do ágio pela pessoa jurídica fruto da confusão patrimonial entre controladora e controlada ficou ainda mais restrito. Isso porque a apuração de eventual perda não é mais realizada pela empresa resultante da operação (aquela que absorve o patrimônio, por exemplo), mas sim pela pessoa jurídica cujo patrimônio é objeto de transferência. Assim, não é mais permitida a apuração do resultado da operação pela controladora mediante a simples comparação entre o custo de aquisição da controlada e o valor do acervo líquido absorvido. Nessa hipótese, de incorporação da controlada pela controladora, a apuração do resultado passou a ser feita pela controlada. Logo, com a vigência dessa nova lei, conclui-se que a única possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio registrado pela controladora seria aquela em que a controladora, antes de ser incorporada pela controlada, apurasse em balanço específico que o seu valor de mercado do seu acervo líquido fosse inferior ao seu valor contábil.

Portanto, em face dessa breve digressão se procura demonstrar que a Lei nº 9.532/1997 veio a estipular uma regra clara de aproveitamento fiscal da amortização do ágio nos casos de confusão patrimonial entre controladora e controlada. Se antes tal possibilidade não era objetivamente prevista, com a edição da referida lei a amortização do ágio passou a ter claros contornos legais a fim de ter a sua eficácia fiscal autorizada. E, para tanto, a legislação cuidou de manter a coerência com a natureza contábil do ágio de recuperação de custo (obediência ao princípio da correlação entre receitas e despesas) e com o paralelismo tributário com a receita a qual corresponde.

Logo, pelo que até aqui fora exposto, demonstra-se que o fundamento lógico-jurídico que envolve o aproveitamento fiscal do ágio NÃO é a garantia de sua dedução em algum momento, ou que “o ágio é sempre dedutível”. Pelo contrário, como visto, a premissa lógica-jurídica é outra, qual seja: o aproveitamento fiscal é EXCEÇÃO. E esse aproveitamento fiscal pode decorrer de duas possibilidades: expressa previsão legal (que é o caso do artigo 33 e todos os demais que mencionam o custo contábil para fins de apuração de perda ou ganho de capital), ou do próprio fundamento lógico-jurídico do ágio (que é o caso dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997).

⁷ Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei. § 1º **Nos casos de incorporação, fusão ou cisão**, a apuração da base de cálculo e do imposto de renda devido será efetuada na data do evento, **observado o disposto no art. 21 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Artigo 21 da Lei nº 9.249/1995: **A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido** em virtude de incorporação, fusão ou cisão **deverá levantar balanço específico para esse fim**, observada a legislação comercial. § 1º O balanço a que se refere este artigo deverá ser levantado até trinta dias antes do evento.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado **pela parte que o suporta** em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição).

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.

Sobre esse ponto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.⁸

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 arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

De acordo com o citado art. 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 art. 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).

⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434

Acerca dessa “ficção fiscal”, transcreve-se novamente os ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:

--- omissis ---

Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.⁹

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no art. 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida. Esse pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações onde há qualquer espécie de renúncia fiscal, se encontra expressamente previsto no art. 111 do CTN, senão vejamos:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no art. 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

⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 473/480.

econômico a justificar a sua origem. Além disso, o ágio deve também ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada, respaldado por um laudo que ateste esse fundamento econômico, devendo o documento ser arquivado como comprovante da escrituração do ágio. Por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Vale destacar, por último, 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.**

Por **propósito negocial**, entende-se a **lógica econômica** que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, **a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante**. Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais. À guisa de exemplo, se em um negócio o alienante pede pelo seu bem ou direito determinado sobre preço, essa “mais valia” a ser paga pelo adquirente deve ser justificada pela expectativa de algum ganho. Se não há previsão de ganho, não há porque existir ágio.

Nesse esteio, o § 2º do art. 385 do RIR/99, o qual repete o conteúdo do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu fundamento econômico uma das seguintes hipóteses:

- 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.

Sobre a causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial), especialmente na aquisição de participações societárias, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO tece os seguintes comentários:

O ágio ou deságio tem uma causa. A rigor, esta causa é o pagamento do preço que alguém faz pela aquisição de uma participação societária que seja portadora dos atributos da relevância e influência e, portanto, suscetível de ser obrigatoriamente avaliada com base no método da equivalência patrimonial. Quando a lei impõe o desdobramento do custo de aquisição entre valor patrimonial e ágio ou deságio, ela estabelece que o sujeito passivo atribua um fundamento econômico ao ágio ou deságio.

A atribuição do fundamento econômico é ato de valoração e consequente qualificação jurídica; ao sujeito passivo é facultado escolher um dentre os vários

que tenham contribuído como motivo determinante da aquisição. Por vezes, o fundamento econômico consta do próprio contrato de aquisição da participação societária; isto ocorre quando as partes atribuem valores separados para certos bens.

*O fato de o sujeito passivo ter certa liberdade para eleger um critério de qualificação **não significa que o ato possa ser absolutamente discricionário ou arbitrário: ao adquirente da participação societária com ágio ou deságio cumpre o dever de provar que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade.***¹⁰ (grifo nosso)

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização. Implica dizer que é necessário haver transação econômica que materialize o valor de aquisição, ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante. 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.

Ainda nesse sentido, registra-se o **item 50 da Orientação Técnica CPC 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.*** (grifo nosso)

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL. Desse modo, tem-se que **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.** (destaques do original)

Aborda, também, a impossibilidade de dedução do ágio registrado pela contribuinte por não cumprimento das condições e requisitos impostos pelos artigos 385 e 386 do RIR/99, vez que:

¹⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 422

A partir das premissas firmadas acima, cabe analisar o ágio amortizado pela recorrente, a fim de determinar se a sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL tinha autorização legal. Com razão a DRJ, ao reconhecer que a autuada não cumpriu todos os requisitos legais para que pudesse deduzir o mencionado ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O ágio amortizado não observava as condições e requisitos impostos pela legislação, notadamente, os arts. 385 e 386 do RIR/99 – os quais repetem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Para demonstrar o não cumprimento do primeiro requisito à dedutibilidade do ágio, deve-se perquirir primeiramente **quais empresas ocupam as posições (investidora e investida)**, pois o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 exige a confusão patrimonial entre investidora e investida. Neste ponto, no valem os votos condutor da DRJ, que bem analisou as operações aqui tratadas:

“Acontece, porém, que a empresa CBI não foi constituída como resultado de um arranjo empresarial. Ela foi criada com o único propósito para aquisição na participação da interessada com ágio e posteriormente ser incorporada para se obter uma redução no pagamento dos tributos. Assim, não houve um arranjo organizacional para melhorar a eficiência econômica do grupo, mas a criação de uma empresa veículo com o único objetivo de economia tributária. Vários fatos foram constatados pela fiscalização para que se chegasse a essa conclusão.

Apenas como exemplo podemos citar a assinatura de contrato de aquisição pela CBI sem que a empresa tenha os recursos para tal, todos os dirigentes da empresa adquirente eram funcionários da VALE, empresa que já detinha 50% das ações da interessada, o aporte financeiro para aquisição foi recebido da VALE no mesmo dia em que se deu a transferência das ações, que foi efetuada após a data prevista em contrato.

Diante desses fatos restou claro que a VALE é de fato a real investidora, e que a criação de empresa veículo não foi o único motivo pelo qual a fiscalização concluiu que a CBI não era a real adquirente da interessada. Inexistindo, portanto, o direito da interessada em amortizar o ágio na aquisição nos termos do art 386, Inciso III, do RIR/99.

Vale dizer que todos os Acórdãos do Carf citados na impugnação, além de ter eficácia somente entre as partes litigantes dos respectivos processos, referem-se apenas à criação da empresa veículo como único motivo para caracterização do planejamento tributário abusivo, o que não ocorreu no caso aqui tratado, conforme já amplamente exposto.

PROCESSO 16682.720867/2021-26

ACÓRDÃO 107-013.635 – 12ª TURMA/DRJ07

Dentre os fatos narrados não restou qualquer dúvida de que a VALE é a real adquirente das ações da SALOBO, ainda mais porque foi ela quem efetivamente aportou os recursos para adquiri-las, não sendo cabível a contabilização do ágio pela empresa criada somente para este fim.

Da validade do laudo de avaliação

De acordo com a fiscalização a autuada não apresentou laudo contemporâneo à aquisição do investimento, nos termos do art 385, § 3º do Decreto nº 3.000/99, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), vigente à época dos fatos.

Afirma que o documento apresentado não era contemporâneo à data da formação do ágio, que ocorreu cerca de 6 anos depois. Além disso não representava de fato o valor da empresa, mas tinha como objetivo certificar se o valor de R\$ 198.746.666,32 tinha sido adequadamente atribuído pela VALE aos seus direitos minerários da jazida de Salobo que seriam transferidos à SALOBO.

Já a impugnante, por sua vez, afirma que o documento apresentado foi elaborado conforme determinava a redação vigente à época do art 20, § 3º do Decreto-Lei 1.598/77, que possui o texto semelhante ao art 385, § 3º do RIR/99:

Decreto-Lei 1.598/77

§ 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.

RIR/99

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).

O citado laudo, assinado em 05/11/1996, foi anexado aos autos às fls 13397/13402, que concluiu pelo seguinte:

7. CONCLUSÃO

Pelo exposto acima, os peritos abaixo assinados são de opinião de que o valor de R\$ 198.746.666,32 (cento e noventa e oito milhões, setecentos e quarenta e seis mil e seiscentos e sessenta e seis reais e trinta e dois centavos) é adequadamente atribuído pela subscritora aos seus direitos minerários da jazida de Salobo a serem transferidos à SALOBO.

De fato, de acordo com o extrato do laudo de avaliação acima copiado, em nada se fala sobre o valor da interessada, apenas estima o preço do direito à exploração da jazida Salobo que seria transferido para sua propriedade. “

Embora se possa dizer que este é um dos componentes para estipulação do valor de rentabilidade da interessada, como dito inclusive no TVF, não se pode de maneira alguma se confundir com o seu próprio valor e, como consequência, o valor do ágio por rentabilidade futura.

É importante esclarecer que, conforme estabelece o art 385, §2º, inciso II do RIR/99, o que precisa ser provado é a rentabilidade futura da empresa adquirida com ágio, de forma alguma, a rentabilidade de um de seus ativos, ainda que este seja o único:

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):

(...)

§ 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):

(...)

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

Da mesma maneira não se pode admitir laudo de avaliação emitido cerca de 6 (seis) anos antes da efetivação da aquisição da SALOBO pela CBI, pois tal laudo não levou em consideração os fatos não previstos que ocorreram neste período, e que

poderiam influenciar positivamente ou negativamente no valor de sua rentabilidade futura.

Com este mesmo entendimento, tanto sobre a contemporaneidade do laudo e a demonstração objetiva e precisa da demonstração econômico-financeiro da aquisição da participação societária, a 1ª Turma do CSRF proferiu o Acórdão 9101-003.199, cuja ementa é reproduzida abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM AQUISIÇÃO. EFETIVIDADE E CONTEMPORANEIDADE À AQUISIÇÃO.

A lei exige que o lançamento do ágio baseado na perspectiva de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração. Embora não houvesse, à época dos fatos, a exigência de demonstração na forma de laudo, a produção e arquivamento de documentação que apresenta, de forma objetiva e precisa, a demonstração do valor econômico-financeiro da participação societária em aquisição, a partir das perspectivas de rentabilidade futura da empresa, é ônus da adquirente e constitui requisito indispensável para a dedução da amortização do ágio correspondente. Não basta estimá-lo de forma subjetiva, é preciso determiná-lo e demonstrá-lo, matematicamente, de forma precisa, e arquivar a respectiva documentação, tudo ao tempo em que é feita a aquisição, nunca a posteriori. (Recurso Especial - Acórdão 9101-003.199 – 1ª Turma do CSRF – Sessão 07/11/2017)

Sendo assim, o laudo apresentado pelo contribuinte não atende à exigência contida no art 385, § 3º do RIR/99.

Como se vê não bastassem todos esses argumentos, que denunciam todo o artificialismo para possibilitar o aproveitamento do ágio pela utilização de empresa veículo, há ainda mais uma ofensa aos requisitos exigidos pela legislação para permitir a dedutibilidade do ágio.

Com efeito, o §2º artigo 385 do RIR/99 elenca os fundamentos econômicos que justificam o pagamento de ágio, são eles: **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; e **3.** fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Ocorre que, somente o ágio pago com fundamento número 2, chamado de ágio por **expectativa de rentabilidade futura**, permite a dedução de sua amortização, nos termos do art. 386 do RIR/99.

Para que a amortização ocorra, é preciso demonstração, feita por meio idôneo, demonstrando que o ágio está sendo pago com fundamento na previsão dos resultados futuros da investida, *verbis*:

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).

Apresentando, então, verdadeira natureza de norma contábil-tributária, vê-se que o artigo 385 do RIR/99 estabelece que o lançamento contábil do ágio deve indicar a razão econômica que levou o seu pagamento, a qual, por seu turno, deve estar demonstrada em um documento arquivado na contabilidade da empresa.

Em face do texto do artigo 385, tem-se, então, a necessidade da vontade econômica que levou ao pagamento de um ágio ser comprovado em um documento elaborado antes do seu efetivo desembolso.

Por certo, tendo o artigo 385 determinado que o lançamento do ágio deve registrar o fundamento econômico, e que essa justificativa deve estar arquivada na contabilidade da empresa, não há como imaginar que o documento que ateste a razão econômica de um ágio seja elaborado após o seu efetivo pagamento.

Desta feita, haja vista o que até aqui foi exposto, demonstra-se que, para o reconhecimento da dedutibilidade de um ágio nos termos dos artigos 385 e 386 do RIR/99, esse ágio deve ter se pautado na rentabilidade futura da participação societária adquirida. E, para a aferição dessa razão econômica, deve o documento que a atesta ter sido elaborado antes do efetivo pagamento da “mais valia” a que se refere.

Com bem registrou o voto condutor do acórdão da impugnação, o laudo apresentado pelo contribuinte não é contemporâneo à operação analisada nem hábil a comprovar a expectativa de rentabilidade futura.

Ante todo o exposto, forçosa a reforma do aresto recorrido, pois se encontra em manifesta desconformidade com a jurisprudência sedimentada no âmbito do CARF. *(destaques do original)*

Pede, assim, que o acórdão recorrido seja reformado *nos quesitos objeto da presente insurgência*.

Cientificada em 10/03/2025 (e-fl. 13943), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 24/03/2025 (e-fls. 13944/13992) nas quais, depois de sintetizar o processo e os fatos, expõe suas razões para não conhecimento do recurso especial.

Com respeito ao *emprego de empresa-veículo*, diz que os paradigmas admitidos tratam de *casos absolutamente diferentes do caso tratado pelo Acórdão Recorrido*. Em ambos os casos, as supostas “real adquirentes” eram empresas estrangeiras e a interposição se prestou a viabilizar amortização fiscal de ágio que não seria possível. Conclui que:

27. Não há como se comparar o Acórdão Recorrido com os Acórdãos Paradigma: no caso do Acórdão Recorrido, a suposta interposição da empresa-veículo não trouxe qualquer vantagem tributária que não seria alcançável por meio de uma aquisição direta pela Vale (i.e., em uma transação sem o que o fisco entendeu ser uma “empresa-veículo”). Idêntico efeito fiscal seria alcançado se a Vale adquirisse as ações e incorporasse a Recorrida. Já nos Acórdãos Paradigma, por outro lado, foi a interposição da empresa-veículo que permitiu a amortização fiscal do ágio.

Acrescenta que no paradigma nº 9101-003.363 houve imposição de multa qualificada, e que no paradigma 9101-003.612 *também se constatou a motivação exclusivamente fiscal (dolosa) da interposição da empresa-veículo, embora não tenha havido imposição de multa qualificada*, ao passo que no recorrido somente foi acatada *a amortização fiscal do ágio no presente caso por não ser derivado de um “estratagema doloso”*. Refere, também, que:

33. Ademais, no Acórdão Paradigma 9101-003.612, a sociedade dita “veículo” foi constituída pouco mais de um mês antes de realizar a aquisição; no presente caso, quase dois anos separam a constituição da CBI e a aquisição da Recorrida, que deu origem ao ágio.

34. Por fim, o Acórdão Recorrido e os Acórdãos Paradigma têm uma diferença fundamental: no Acórdão Recorrido, **13 anos separam a aquisição da participação societária do início da amortização fiscal do ágio, o que, se não comprova, é evidência forte da irrelevância da “economia tributária” para definição da estrutura de aquisição no presente caso.**

35. No Acórdão Paradigma 9101-003.363, a última aquisição de participação societária e a incorporação da sociedade adquirida ocorreram em 2007, com a amortização fiscal do ágio tendo início já em janeiro de 2008. Mesmo que se considere que a primeira etapa da operação havia ocorrido muito antes (em 1996), fato é que só com a aquisição da totalidade das ações da sociedade brasileira é que a incorporação, naquele caso, se tornou viável. Tão logo foi ela possível, para viabilizar a amortização do ágio, foi implementada. No Acórdão Paradigma 9101-003.612, por sua vez, a incorporação, com conseqüente início da amortização fiscal do ágio, ocorreu poucos meses após a aquisição da participação societária, em 30/04/2007.

Embora seja verdade que os *timings* de incorporação em todos os três casos são semelhantes, fato é que, no presente caso, a amortização fiscal do ágio só teve

início 13 anos depois da aquisição da participação societária. Não houve aqui intuito de acelerar o aproveitamento fiscal do ágio, como parece existir no caso dos Acórdãos Paradigma.

37. A verdade é que, no presente caso, a realização da operação nos moldes que a fiscalização entende corretos resultaria em maior vantagem fiscal, não menor, pois o ágio seria amortizado de imediato pela Vale, em vez de se aguardar o avanço da inflação sobre o ativo fiscal diferido registrado pela CBI.

38. Entre maio de 2002, quando realizada a aquisição, e janeiro de 2016, quando teve início a amortização fiscal do ágio, a inflação acumulada foi de 145,39%⁸ - e o ágio não é corrigido por qualquer índice inflacionário. Isso significa que houve **uma perda de valor de R\$ 128.628.304,66** do ágio entre maio de 2002 e janeiro de 2016⁹ que simplesmente **não ocorreria se a operação tivesse ocorrido nos moldes propostos pela autoridade lançadora** (aquisição e incorporação da Recorrida pela Vale e não pela CBI). Ao contrário do que ocorreu nos Acórdãos Paradigma, portanto, a alegada interposição de empresa-veículo neste caso resultou em uma perda milionária, não em um ganho fiscal, para a Recorrida. *(destaques do original)*

Contesta, também, a admissibilidade do recurso especial quanto ao laudo de avaliação, porque a discussão não se prende, aqui, à elaboração tardia do laudo. No presente caso *o Laudo de Avaliação foi preparado anteriormente à aquisição da participação societária – sendo a acusação, na verdade, de que o laudo de avaliação teria sido preparado muito antes da operação em si.*

Cita a acusação fiscal e a decisão de 1ª instância neste sentido, e aduz:

45. O Recurso Especial da D. PGFN é, portanto, manifestamente incabível porque ataca entendimento que nunca esteve sob discussão nestes autos. A Recorrida nunca sustentou – e o Acórdão Recorrido nunca decidiu – que laudo preparado após a aquisição poderia servir de comprovação ao fundamento econômico do ágio. Ao contrário, a **Recorrida sempre sustentou, em linha com o que afirma o próprio Recurso Especial, que laudo preparado anteriormente à aquisição da participação societária serve para comprovar o fundamento econômico do ágio.**

46. O Recurso Especial da D. PGFN, portanto, não pode ser admitido porque: **(i)** não ataca qualquer dos fundamentos do Acórdão Recorrido e **(ii)** trata de situação diversa da situação descrita nos presentes autos. Há um erro insanável na “causa de pedir” do Recurso Especial, que se vale de fatos e fundamentos estranhos ao presente processo. *(destaques do original)*

De toda a sorte, também afirma a ausência de similitude fática entre os casos comparados, porque *no Acórdão Recorrido, o Laudo de Avaliação foi preparado antes da aquisição e, portanto, já existia quando da escrituração do ágio, servindo para comprovação de seu fundamento econômico; por outro lado, nos Acórdãos Paradigma, os laudos foram preparados*

após a aquisição da participação societária, não existiam quando da escrituração do ágio e, portanto, não podiam servir para comprovação de seu fundamento econômico.

Refere os trechos dos paradigmas que evidenciam tais circunstâncias, e cogita:

59. É possível que as C. Turmas que proferiram os Acórdãos Paradigma até mesmo não acatassem o Laudo de Avaliação como válido, por razões diversas. Entretanto, não é possível extrair essa conclusão dos Acórdãos Paradigma, visto que o fator que, naqueles casos, determinou a manutenção do Auto de Infração (laudo posterior à aquisição) não existe no presente caso.

60. Assim, a D. PGFN não comprovou a existência de dissídio jurisprudencial que enseje a admissibilidade do Recurso Especial, de modo que o recurso não deve ser conhecido.

No mérito, defende a manutenção do acórdão recorrido sob os tópicos:

III.1 – VALIDADE DAS OPERAÇÕES QUESTIONADAS: INTERPRETAÇÃO LITERAL DA LEI 9.532/97, INEXIGIBILIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL E IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA CBI COMO EMPRESA-VEÍCULO

III.1.1 – CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI 9.532/97 E OS REQUISITOS PARA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

III.1.2 – A CBI É A REAL ADQUIRENTE DAS AÇÕES DA RECORRIDA

III.1.3 - LEGITIMIDADE DO EMPREGO DE SOCIEDADE HOLDING (EMPRESAVEÍCULO) NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

III.1.4 – O PROPÓSITO NEGOCIAL NÃO É REQUISITO DE VALIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

III.2 – VALIDADE DO LAUDO DE AVALIAÇÃO QUE COMPROVOU O FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO

Requer, assim, que o recurso especial seja inadmitido ou, se admitido, que lhe seja negado provimento.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Edeli Pereira Bessa**, Relatora

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

O Colegiado *a quo* decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. O voto condutor do acórdão recorrido assim reporta os fatos sob análise:

Consoante o exposto no relatório, a Vale S.A (VALE), por intermédio de uma subsidiária sua, denominada Caulim do Brasil Investimentos S.A (CBI), adquiriu a totalidade da participação acionária detida pela Anglo American Brasil Ltda

(ANGLO) na Salobo Metais S.A (SALOBO). Posteriormente, a SALOBO incorporou a CBI.

O valor total da transação foi R\$ 136.158.830,88, montante que conteve um ágio de R\$ 88.471.565,65.

Por ter incorporado sua adquirente, a SALOBO entendeu estar habilitada a deduzir o ágio, pago quando de sua aquisição, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, apurados nos anos-calendário 2016 e 2017.

Pois bem.

A fiscalização asseverou que *“ficou evidenciado que, além dos [sócios] fundadores da CBI, todas as pessoas físicas citadas acima, que ocuparam cargos de Conselheiros e Diretores na empresa, eram empregadas da Vale”, e que, logo após a adquirir a SALOBO, a CBI “passou a ter como única acionista a VALE”.*

De outro lado, a recorrente aduz que a CBI foi a real adquirente da SALOBO, protestando contra a tese que exige confusão patrimonial entre adquirente e adquirida, para que seja possível a dedutibilidade do ágio. Prossegue afirmando que *“A única exceção à aplicação do consequente da norma é a constatação da fraude, dolo ou da simulação”,* mas que *“No presente caso, não há qualquer questionamento quanto à validade formal ou substancial das operações praticadas. Há, isso sim, uma ilegal desconsideração da existência da CBI”.*

Como se vê, a recorrente sustenta que a CBI teria sido a real adquirente e que a autoridade fiscal não teria logrado desconstituir tal fato, posto que não teria sido questionada a validade formal dos atos perpetrados, tampouco teria sido imputada conduta dolosa contra si. E a suposta omissão do autuante teria lhe conduzido a perpetrar ilegal desconsideração da CBI.

Sobre tal prisma, é preciso ter em conta que, consoante o que dispõe o artigo 112 do Código Civil, relativamente aos atos praticados, prevalece, sobre a forma em que revestido, a intenção nele consubstanciada. De tal modo, se a fala acusatória não questionou as formalidades que revestiram a constituição da CBI e nem os atos por ela praticados, isso não significa aquiescência com os fins pretendidos.

Quanto a não qualificação dolosa da conduta do contribuinte pela autoridade fiscal, é suficiente recordar que nem toda infração tributária revelada pela identificação da real intenção do agente se perfaz pelo ânimo no cometimento de fraude, simulação ou qualquer prática que, juridicamente, se amolde ao conceito de ato doloso. Sob tal contexto, é possível a constatação de mero abuso de direito, conclusão esta que exala da acusação refutada nestes autos (*“da análise dos documentos apresentados constatou-se a ocorrência de planejamento tributário abusivo consistente na utilização de ‘empresa veículo’ para aproveitamento do ágio pago”*).

Mas, ainda que assim não fosse – e houvesse as lacunas acusatórias apontadas pela defesa –, as pretensas atecnias fiscais não teriam conduzido o autuante a

desconsiderar a personalidade jurídica (“*existência*”) da CBI. Muito pelo contrário! A imputação é de ter existido uma empresa veículo que, sem qualquer outro propósito negocial ou traços de comprometimento com a função social da atividade empresária, serviu unicamente para ocultar o real adquirente da participação societária com o ágio posteriormente amortizado.

A recorrente prossegue afirmando ser legítimo o emprego de empresa veículo com a finalidade de obtenção de vantagem fiscal, aduzindo que “*a suposta interposição de empresa-veículo não traz qualquer vantagem sob a ótica fiscal. Tivesse a operação sido realizada como entendeu a fiscalização que deveria ter sido o caso (aquisição da Recorrente pela Vale), o mesmo direito à amortização fiscal do ágio, no mesmo valor, teria surgido*”.

Também neste ponto, a respeitável fala da recorrente não se sustenta. Não é crível que se cogite que uma sociedade do porte da VALE pudesse ser incorporada por outra do porte da SALOBO. E é justamente essa impossibilidade que tornou necessário o emprego da CBI na operação alvejada pelo Fisco.

A CBI: (i) possuía capital social de R\$ 1.000,00; (ii) foi constituída por dois funcionários da VALE; (iii) teve sede no mesmo endereço da VALE; (iv) teve como conselheiros e diretores (todos) funcionários da VALE; (v) teve os recursos necessários à aquisição da SALOBO supridos pela VALE (na ocasião, já sua controladora), através de AFAC; (vi) não realizou qualquer atividade econômica (nem mesmo participação em outras sociedades), além da referida aquisição; e, por fim, (vii) foi incorporada pela SALOBO.

De tal modo, acertados os lúcidos dizeres da fiscalização:

Diante disso, a resposta para as questões: Quem viabilizou a aquisição da Salobo? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Sem sombra de dúvida, a resposta para todas estas perguntas é: a Vale S/A.

(...)

No caso em análise, está claro que a real investidora é a Vale S.A, que efetuou o aporte de recursos necessários para a aquisição do investimento (participação societária em Salobo) com ágio. O fato de os recursos para a aquisição das ações terem sido transferidos para a CBI, não confere a ela a condição de investidora exigida pela legislação. É incontestável que foi a Vale que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de viabilidade e rentabilidade futura da jazida e desembolsou os recursos para a sua aquisição. (grifo do original)

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – CBI – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social módico foi capitalizada em mais de uma centena de milhões de Reais, apenas para adquirir ações e, após, ser incorporada pela companhia adquirida. E tudo isso

com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

O relator se contrapõe a vários argumentos de defesa, asseverando que *a CBI agiu sem qualquer propósito negocial. Tal fato, põe em questão as operações societárias que culminaram com o ágio objeto do p.p. porque, antes, põe em questão o atuar da sociedade, que teria levado a efeito atos formalmente válidos, porém despidos de qualquer finalidade empresária.* E, com respeito ao laudo que fundamenta o ágio pago, observa que ele foi elaborado em 5/11/1996, ou seja, 6 (seis) anos antes da operação em debate, e conclui que *no caso em tela, o que se tem é um laudo que avalia direitos minerários em R\$ 198.746.666,32. E isso é algo bem diferente de mensurar a aquisição societária no montante de R\$ 136.158.830,88, de onde se destacaria um ágio de R\$ 88.471.565,65.*

Contudo, na sequência, abdicando de seu entendimento pessoal, o relator faz prevalecer o entendimento do Colegiado em favor da *validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratagem dolosa*, destacando-se de sua argumentação que:

Sob tal prisma, é possível concluir que, no caso concreto em análise, as operações de aquisição e incorporação, tomadas em conjunto, possuíam um propósito negocial lícito de economia de tributos, não produzindo, por conseguinte, uma vantagem tributária antijurídica e não configuram uma fraude, de forma que o racional acusatório laborado pela fiscalização não possui suporte fático/jurídico, pelo que as glosas da amortização do ágio devem ser afastadas.

O relator invoca como fundamentos de decisão votos proferidos nos Acórdãos nº 1201-006.316 e 1201-001.267, e finaliza afastando a glosa do ágio.

De plano constata-se que as objeções ao laudo que fundamenta o ágio amortizado não foram enfrentadas na conclusão do voto condutor do acórdão recorrido. Ao expor sua posição pessoal, o relator indicou a imprestabilidade da demonstração apresentada para fundamentação do ágio em rentabilidade futura mas, na sequência, ao se curvar à posição do Colegiado, nada apresentou para afastar as objeções fiscais ao laudo apresentado. A transcrição do voto proferido no Acórdão nº 1201-006.316 é a única que traz alguma menção acerca da fundamentação do ágio lá analisado, mas era justamente para demandar um questionamento dissociado da falta de substrato econômico da empresa veículo. Veja-se:

107. Assim, afastam-se as autuações no concernente à tese do real adquirente, afastando-se, em consequência, todos os fundamentos que atribuem a pecha da artificialidade e falta de propósito negocial à operação em referência.

(...)

114. Entendo que a desconsideração do laudo apresentado por pretensa impossibilidade de amortizar todo o ágio esbarra nos fundamentos apresentados no item anterior deste voto, pois considero como lícito o seu aproveitamento, independentemente da interposição da empresa veículo.

(...)

118. No mesmo sentido, a art. 20 do mesmo diploma legal (Decreto-lei 1598/77) considera a necessidade de desdobrar o custo de aquisição em (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, (b) mais ou menos-valia, que corresponde à diferença proporcional entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o valor do patrimônio líquido e (c) ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores anteriormente indicados.

119. É dizer: **a realização da avaliação dos ativos a valor justos da investida fazem parte do necessário cálculo do próprio ágio, que considera a expectativa de rentabilidade com base na universalidade de haveres materiais e imateriais que compõem o patrimônio envolvido na operação.**

120. **A administração tributária não desconsiderou o ágio com base em ausência de substrato econômico dos laudos nem no contexto probatório que indicasse elementos (jamais indicados) de artificialidade dos números apresentados. O que pretendeu, em verdade, foi tornar inservível todo o arcabouço probatório trazido pela contribuinte para justificar o cômputo do ágio amortizável, sob o fundamento de que a operação realizada através da empresa veículo não teria substrato econômico e revelaria pretenso planejamento tributário abusivo.**

121. As razões da suposta abusividade e falta de propósito negocial foram analisadas quando se verificou a tese da real adquirente, que compõe o item anterior deste voto. Portanto, tendo sido afastados tais argumentos, entendo que a comprovação do fundamento econômico do ágio está devidamente registrado nos elementos de prova constantes dos autos, notadamente, os laudos apresentados e todos os demais documentos a ele relacionados.

122. Inexistem razões para desconsiderar tais fundamentos econômicos, sobretudo porque o elemento central sobre o qual se baseou a Fisco para afastá-lo foi o pretenso planejamento tributário abusivo ou sem propósito, fulcrado na tese do real adquirente sediado no exterior, matéria essa já julgada e afastada neste voto. *(destaques do acórdão recorrido)*

A ementa do acórdão recorrido, inclusive, foi integralmente transcrita do precedente nº 1201-006.316, e assim também não traz qualquer motivação para se afastar a acusação fiscal específica oposta ao laudo apresentado nestes autos para fundamentação do ágio amortizado:

COMPROVAÇÃO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO DO ÁGIO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA TRANSAÇÃO.

O fundamento econômico da transação que gera o ágio pode ser comprovado mediante meios de prova que verdadeiramente demonstre a efetiva existência de diferença entre a despesa incorrida e o patrimônio líquido registrado contabilmente, inclusive, mediante laudos de avaliação que a revele e comprove.

Não cabe à administração tributária desconsiderar o fundamento econômico com base apenas na tese que inadmite a dedutibilidade da despesa com pagamento de ágio, devendo apontar elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada.

Como visto, no presente caso foram apontados *elementos fáticos que tornem inservíveis ou insuficientes os documentos da contribuinte para justificar a dedução realizada*, os quais o relator, inclusive, em seu entendimento particular, afirmou suficientes para invalidar a fundamentação do ágio em rentabilidade futura, vez que o laudo fora elaborado em 1996 e avaliara direitos minerários àquela época.

De toda a sorte, ao suscitar a divergência jurisprudencial neste ponto, a PGFN se valeu de referências do voto condutor do acórdão recorrido que descrevem a acusação fiscal e da ementa do julgado, sem atentar que o tema, em verdade, não foi decidido pelo Colegiado *a quo*. O relator declinou de seu entendimento particular em favor da posição prevalente no Colegiado *a quo* e nada disse, na ótica do Colegiado, a respeito dos vícios vislumbrados na fundamentação do ágio pago. Ainda assim, foi dado provimento ao recurso voluntário e admitida a amortização fiscal do ágio pago. Em tais circunstâncias, era indispensável que a PGFN embargasse o acórdão recorrido antes de suscitar dissídio jurisprudencial com base em paradigmas que, em seu entendimento, demandaram *a apresentação de laudo produzido por terceiro, contemporâneo às operações*. Ademais, ainda que se admitisse a existência de uma decisão implícita contrária à objeção fiscal ao laudo apresentado, os paradigmas indicados não se prestariam a caracterizar o dissídio jurisprudencial porque, como bem exposto pela Contribuinte em contrarrazões, analisaram laudos elaborados depois das operações societárias.

Esclareça-se que o exame de admissibilidade admitiu prequestionado o tema destacando do acórdão recorrido o apontamento de que “a recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 3º, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14”. Todavia, tal afirmação foi consignada na exposição do entendimento pessoal do relator que, inclusive, concluiu pela imprestabilidade do laudo apresentado. Veja-se:

Quanto à existência de um laudo de avaliação prévio, a fiscalização bem apontou que o documento entregue no curso do procedimento fiscal foi “*elaborado em 05 de novembro de 1996, quando da transferência dos direitos minerários da jazida da VALE para a SALOBO*”, bem assim “*tinha como objetivo certificar se o valor de R\$ 198.746.666,32 tinha sido adequadamente atribuído pela VALE aos seus direitos minerários da jazida de Salobo que seriam transferidos à SALOBO, passando a incorporar o patrimônio desta, não tendo nada a ver com a transação que se daria 6 anos depois*”.

De outro bordo, a recorrente assinala que a norma de regência da matéria “faz referência unicamente a uma “*demonstração*”. O termo utilizado pelo legislador é bastante amplo e dá liberdade ao contribuinte de se valer de qualquer meio,

método ou documentação hábil para comprovar a motivação da rentabilidade futura da aquisição". E conclui que "qualquer documento utilizado pela sociedade que irá registrar o ágio como fundamento para seu pagamento deve ser aceito pela fiscalização: basta que este documento seja hígido (i.e. não seja fraudulento) e que demonstre que havia expectativa de rentabilidade futura que justifique o valor do ágio pago".

A recorrente tem razão em parte quando alude à generalidade da norma quanto ao laudo, relativamente à redação vigente, à época dos fatos, do artigo 20, § 3º, do DL 1.598/77. É que o dispositivo não exigia um documento específico ou mesmo com qualquer fronteira de contemporaneidade aos fatos, como passou a ser após a Lei nº 12.973/14.

Mas aquela redação já exigia que o lançamento do ágio (§ 2º) deveria ser baseado em uma demonstração a ser arquivada, pelo contribuinte, como comprovante do valor escriturado. Ora, no caso em tela, o que se tem é um laudo que avalia direitos minerários em R\$ 198.746.666,32. E isso é algo bem diferente de mensurar a aquisição societária no montante de R\$ 136.158.830,88, de onde se destacaria um ágio de R\$ 88.471.565,65.

Assim, fosse esse um julgamento monocrático, essa seria a sorte do presente caso.

Tampouco assim não fora, este Colegiado, amparado em contemporânea, elevada e respeitável jurisprudência, vem se posicionando em sentido contrário. Temos afirmado a validade da amortização do ágio gerado com emprego de empresa veículo, desde que tal sociedade não tenha sido constituída sob estratégia dolosa.

[...] (*destaques do original*)

Por tais razões, não há como reconhecer a existência de divergência jurisprudencial quanto à tempestividade do laudo de avaliação.

Já com respeito à divergência quanto à possibilidade de amortização do ágio, os paradigmas em questão foram recentemente analisados por este Colegiado no Acórdão nº 9101-007.552. Naquela ocasião esta Conselheira declarou voto¹¹ ponderando que:

Na matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial - empresa veículo)", a I. Relatora bem expõe que não devem ser considerados, na análise da similitude entre os casos, os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido acerca da cogitada nulidade do lançamento por falta de apontamento dos dispositivos legais que justificariam a revisão da apuração da Contribuinte por simulação e ausência de "propósito societário". Como mencionado na apreciação

¹¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Lizandro Rodrigues de Sousa (substituto integral), Jandir Jose Dalle Lucca, Semiramis de Oliveira Duro, Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente), e divergiu neste ponto do conhecimento o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que admitiu o paradigma nº 9101-003.612.

da matéria anterior, os efeitos destas ocorrências foram desmerecidos sob invocação do art. 59, §3º do Decreto nº 70.235/72, motivo inclusive para desassemelhar o erro de premissa fática apontado em relação à (não)invocação do art. 149, VII do CTN pela Fiscalização das circunstâncias presentes nos paradigmas lá indicados.

Já com respeito à situação analisada no acórdão recorrido, embora a I. Relatora bem detalhe a sequência de atos praticados para aquisição do investimento que resultou no pagamento de ágio presente em seu relatório, tem-se que o voto condutor do acórdão recorrido não destaca circunstâncias específicas como a efetivação do pagamento, parte a vista e parte a prazo, da parcela de 70,24% do capital social da investida, bem como da parcela de 25,22%, objeto de oferta pública. O relator apenas releva o fato de a existência da empresa veículo ser efêmera (cerca de 1 (um) ano), afirmando que houve efetivo sacrifício econômico, destacando a possível necessidade de superar *obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos*, e menciona que *Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado*. Assim, o fato de a aquisição ter se dado em duas fases, sendo a segunda delas em oferta pública de ações, não pode ser elemento distintivo em relação às operações tratadas nos paradigmas. É possível inferir, apenas, a consideração de multiplicidade de atos de aquisição, com a consequente assunção dos encargos, bem como da circunstância específica de necessidade de comunicação ao mercado em face do volume de ações adquiridas e da composição societária da investida.

De toda a sorte, concorda-se com a conclusão da I. Relatora de que os paradigmas admitidos não se prestam a evidenciar dissídio jurisprudencial em face do que decidido no recorrido.

O paradigma nº 9101-003.612 foi trazido como decisão que nega a possibilidade de amortização fiscal de ágio *oriundo de aquisição com uso de recursos financeiros de outrem*, como expresso em sua ementa. Contudo, a “empresa-veículo” lá referida apresentava as seguintes características:

- a empresa BFL Participações e Empreendimentos foi criada em 11/07/2006 e baixada em 30/04/2007, por ocasião da incorporação pela recorrente, até então sua controlada. Segundo a DIPJ/2007 da BFL, o seu quadro societário era formado pela BIC Amazônia S.A. [99,99% do capital] e BIC Brasil S.A. [0,01% do capital], denominada no Termo de Verificação Fiscal por Grupo BIC;
- pouco mais de um mês após a instituição da BFL (23/08/2006), seus sócios(Grupo BIC) realizaram uma assembleia geral extraordinária e homologaram o aumento de seu capital para R\$ 100.000.000,00;

- 13 dias depois (05/09/2006), a BFL adquiriu a totalidade das ações da PIMACO pelo valor de R\$ 96.000.000,00, aí computados ágio de R\$ 79.834.147,77;
- decorridos 6 meses (15/03/2007), PIMACO (ora recorrente) incorporou sua controladora (BFL) tendo como justificativas, segundo o Protocolo e Justificação de Incorporação do Acervo Líquido de BFL –, os seguintes pontos: i) maior capacidade financeira e patrimonial à incorporadora; ii) racionalização e simplificação de sua estrutura societária; iii) união de recursos empresariais e patrimônios envolvidos; iv) racionalização e simplificação da gestão;
- segundo o Termo de Verificação, BFL e PIMACO pertenciam aos mesmos sócios na ocasião da incorporação;
- a partir de então (abril/2007), a recorrente passou a amortizar o ágio.

A partir destas características, o voto condutor do paradigma, distintamente do recorrido, dá relevo à existência efêmera de BFL, entre 11/07/2006 e 30/04/2007, em contexto semelhante ao presente no qual MANDALA existiu por cerca de 1 (um) ano. Contudo, o único ato praticado por BFL seria o pagamento de R\$ 96.000.000,00 pela aquisição da investida, efetuado 13 (treze) dias depois do aporte de capital do Grupo BIC, no valor de R\$ 100.000.000,00. Sob esta ótica, BFL *deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das “empresas veículos”*. Não há menção, sequer, a características do alienante da participação societária adquirida, valendo notar que a investida está indicada como sociedade por quotas de responsabilidade limitada no cabeçalho do paradigma. Já MANDALA, *juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado*, aspectos estes guardaram maior complexidade do que o único pagamento vislumbrado na aquisição analisada no paradigma, mormente em se tratando a investida de uma sociedade por ações com múltiplos acionistas.

É certo que o paradigma também refuta, por transcrição da decisão lá recorrida, o argumento deduzido no recorrido em favor da interposição de “empresa-veículo”, com vistas a superar *obstáculos burocráticos que a extinção por incorporação acarreta em negócios em andamento com uma infinidade de contratos firmados, notadamente em segmentos comerciais distintos*. Como exposto no paradigma, *a pseudo justificativa trazida aos autos pode ser considerada um argumento sem conteúdo. A RECORRENTE deveria demonstrar algo bem simples: por que não se fez a aquisição de PIMACO diretamente pelas empresas do GRUPO BIC, sem a criação de BFL? A alegação de que necessitava manter as operações segregadas em nada interfere em minha conclusão: bastaria adquirir PIMACO diretamente, sem contudo, incorporá-la!*

Todavia, cabe aqui concordar com a conclusão da I. Relatora de que não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma também discordaria da interposição de MANDALA no contexto da operação aqui analisada.

O paradigma nº 9101-003.363, por sua vez, foi recentemente rejeitado por este Colegiado, à unanimidade de votos, no Acórdão nº 9101-007.388, vez que a pessoa jurídica lá interposta na aquisição operava há muitos anos no mesmo segmento da investida, bem como nos Acórdãos nº 9101-007.430 e 9101-007.431, porque a pessoa jurídica interposta na primeira fase de aquisição realizou substanciais operações em razão da multiplicidade de alienantes das ações adquiridas, enquanto a pessoa jurídica interposta na segunda fase de aquisição era operacional. Esta Conselheira assim consignou no voto declarado nestes dois últimos precedentes:

De fato, os seguintes excertos do voto condutor do acórdão recorrido evidenciam que importaram para a decisão o fato de EBAL, embora sendo uma *holding*, ter realizado substanciais operações com vistas a operacionalizar a aquisição do investimento em face da multiplicidade de vendedores titulares das participações negociadas, e de EBL ser pessoa jurídica operacional:

Por concordar com as conclusões expostas pelo Conselheiro Claudio de Andrade Camerano sobre as operações que deram origem à autuação, transcrevo abaixo o seu voto, que adoto como razões de decidir.

Da análise do litígio posto

Do 1º Ágio – aquisição de 70% da SERASA (Recorrente)

[...]

No caso em debate, temos a compradora EBAL de um lado e os vendedores do outro, que são várias instituições financeiras de grande porte, tais quais aquelas que constam, à época, no Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, a saber:

[...]

Pelo racional da autoridade fiscal autuante, as empresas holandesas poderiam fazer a compra diretamente, sem necessidade de uma empresa aqui no Brasil, no caso a EBAL, participar da aquisição das ações da Recorrente.

Sim, poderiam, mas pela natureza do contrato de aquisição das ações, só a variedade/quantidade dos vendedores (acionistas majoritários) e o pagamento a eles de centenas de milhões de reais, aliado aos pagamentos a dezenas de acionistas minoritários, já justificaria **a participação na operação de uma empresa sediada no Brasil para a condução do negócio pactuado**, segundo a recorrente “...junto a mais de 40 acionistas vendedores.” A Recorrente, no recurso voluntário, detalha as suas razões pela utilização de uma sociedade holding brasileira (EBAL), quais sejam: aspectos financeiros

decorrentes de dezenas de pagamentos aos vendedores, eventuais variações cambiais negativas pois foram meses de negociação, efetivada em etapas, além dos aspectos regulatórios no BACEN, aspectos de execução, etc.

Neste sentido, **entendo legítima a participação da empresa brasileira EBAL na condução dos negócios, aliás, tratava-se de uma condição pactuada no referido contrato:**

[...]

Ainda, a **EBAL apresentava em seus quadros administrativos várias pessoas de distintos cargos**, o que, aparentemente, revela que estariam aptos à participação na condução da operação, pelo menos não há nenhuma objeção ou restrição fiscal quanto a este quadro funcional da empresa.

Enfim, no ponto, **não se vislumbra nenhuma condução artificial** na operação de compra de ações pela empresa brasileira EBAL, nos termos em que apontado pelo Fisco.

[...]

Do 2º Ágio: Aquisição pela EBL e incorporação pela SERASA

Aqui estamos tratando de situação que envolveu ágio na aquisição da empresa Virid Interatividade Digital Ltda., pela empresa Experiam Brasil Ltda. (EBL), que guarda semelhança com a situação vista anteriormente

[...]

Enfim, no ponto, **não se vislumbra nenhuma condução artificial** na operação de compra de quotas pela empresa brasileira EBL na aquisição da VIRID, nos termos em que apontado pelo Fisco.

Sendo a **EBL, legitimamente constituída e operante normalmente**, quem suportou o sobre preço na aquisição das quotas da VIRID, - e aí não importa se o recurso veio de sua controladora no exterior -, ela é quem detém a participação societária adquirida com ágio e, como tal, encontra-se apta à sua amortização como despesa, nos termos da legislação fiscal:

[...]

Do Ágio na aquisição de 30% da SERASA – AC 2012

No caso em debate, agora se tem a aquisição, em 2012, dos restantes 30% da Recorrente, compra dirigida aos acionistas minoritários, a compradora EBL de um lado e os vendedores do outro, que são as seguintes instituições financeiras:

[...]

A exemplo da situação anteriormente vista no início, quando da aquisição dos 70% das ações da Recorrente (primeiro ágio), aqui, da mesma forma, se tem uma variedade de vendedores, no caso os

acionistas minoritários e, dentre eles, algumas instituições financeiras de grande porte, com pagamento a eles de centenas de milhões de reais, o que já justificaria a participação de uma empresa sediada no Brasil para a condução do negócio pactuado.

Acerca da EBL, já se mostrou, em tópico anterior, a sua natureza e atividade econômica e operacional, não se tratando de empresa utilizada para apenas possibilitar a amortização do ágio surgido. Aqui temos situação parecida com a do primeiro ágio, tendo a EBL obtido recursos de sua controlada no exterior, por meio de aportes de capital, para pagamento da aquisição das ações da Recorrente e a novidade é que, além do aporte, houve ingresso de recursos proveniente de empréstimo junto à Experian Luxemburg Finance S.à.r.l (Experian Lux), destinado, também, à referida aquisição.

Enfim, no ponto, não se vislumbra nenhuma condução artificial na operação de compra das ações pela empresa brasileira EBL, nos termos em que apontado pelo Fisco.

[...] (destacou-se)

O seguinte excerto do voto condutor do paradigma nº 9101-003.363 é suficiente para afastar o dissídio jurisprudencial em torno do 2º e do 3º ágios, nos quais EBL figurou como adquirente:

As holdings KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, constituídas pelo grupo KIMBERLYCLARK no Brasil, **não possuíam patrimônio relevante antes de tomarem parte nas operações analisadas no presente processo**. Sendo assim, atuaram efetivamente como "empresas veículos" ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplicá-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas. Verifica-se que após a extinção das mencionadas holdings, por conta de sua incorporação pelas investidas, o único legado deixado foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos". (destacou-se)

Quanto à atuação de EBAL na aquisição que resultou na formação do 1º ágio, os excertos antes destacados permitem concluir que as objeções deduzidas no paradigma à interposição de *holding* para aquisição de investimentos por adquirentes estrangeiros se dirigiram a interpostas com as características de *holding pura*, cujos contornos estão assim delineados pelo sujeito passivo em contrarrazões relatadas naquela ocasião:

- Quanto à inexistência de atividades comerciais, cumpre ressaltar que tal fato decorre da própria função das holdings que essencialmente se prestam para a gestão de investimentos em outras sociedades conforme lição de Modesto Carvalhosa;
- A inexistência de empregados, estrutura física e outras atividades, são características presentes em empresas holdings, que

normalmente são utilizadas apenas para controle de participação societária em outras empresas, razão pela qual prescindem de estrutura física, funcionários e atividades operacionais;

- Além disso, deve-se destacar que as holdings KCdoB, KCTissueB, KCC e KCR tiveram participação efetiva na administração das empresas operacionais;

Como antes destacado, EBAL operacionalizou a aquisição do investimento junto aos diversos vendedores das participações societárias em face de *condição pactuada no referido contrato e apresentava em seus quadros administrativos várias pessoas de distintos cargos.*

No recorrido inexistente qualquer menção à *inexistência de empregados, estrutura física e outras atividades* de MANDALA. Inclusive, o relator aponta não haver *robustas provas de que a Mandala nunca existiu de fato e nem possuía estrutura operacional compatível com os atos que se pretendia fossem por ela praticados*, muito embora ressalve seu entendimento de ser *mínima (senão virtualmente nula) a estrutura da qual carece uma empresa existente de fato, mas constituída com o objetivo lícito de valer-se de economia de opção (cf. o art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76) que portanto, por seus objetivos tanto fiscais quanto extrafiscais lícitos, teria duração efêmera por prazo curto de tempo.*

O voto condutor do acórdão recorrido afirma que a simulação apontada estaria calcada em *elementos frágeis pelos quais se considerou a Mandala “empresa veículo” sem existência fática, como a duração de cerca de 1 ano, a alegação de que teria na realidade ocorrido permuta de ações entre a Globex e a CBD, e a alegação de que o passo a passo da operação revelaria que a motivação para a estrutura adotada era eminentemente tributária*, e assim valida a formação de ágio por vislumbrar que *Mandala juridicamente e efetivamente praticou os atos inerentes à aquisição do investimento, sendo a pessoa jurídica que assinou os documentos, assumiu juridicamente os encargos da transação e transmitiu comunicados ao mercado.*

Assim, embora sem vislumbrar como elemento distintivo no acórdão recorrido o fato de MANDALA ter sido a ofertante na OPA, as demais referências às suas operações no âmbito da aquisição em debate permitem que esta Conselheira concorde com a conclusão da I. Relatora que o paradigma nº 9101-003.363 também não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial, vez que as empresas-veículo lá referidas não apresentavam qualquer substância.

O presente voto, portanto, concorda com a conclusão a I. Relatora de NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria "real adquirente (ausência de confusão patrimonial — empresa veículo)".

Aqui, porém, o relator do acórdão recorrido assim sintetiza as circunstâncias fáticas acerca da pessoa jurídica interposta na aquisição:

Trata-se de inequívoco uso de uma empresa – CBI – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social módico foi capitalizada em mais de uma centena de milhões de Reais, apenas para adquirir ações e, após, ser incorporada pela companhia adquirida. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.

Esclareça-se que com respeito ao paradigma nº 9101-003.612 não há qualquer referência a aquisição de investimento por empresa estrangeira. A pessoa jurídica interposta (BFL Participações e Empreendimentos Ltda - BFL) foi capitalizada por seus sócios BIC Amazônia S/A e BIC Brasil S/A, os quais a Contribuinte diz, em contrarrazões, pertencerem a um grupo de origem francesa. Quanto ao fato de BFL ter sido constituída pouco mais de um mês antes de receber o capital destinado à aquisição das ações, trata-se de particularidade que não tem relevo para desassemelhar os casos, vez que afirmada a inexistência de *qualquer histórico de atividade econômica* por CBI, bem como sua transitoriedade a partir do momento em que seu capital social foi aumentado para aquisição do investimento na sociedade que a incorporou na sequência. Veja-se, neste sentido, a síntese dos fatos relatada no acórdão recorrido:

- Em 09/10/2000 foi constituída a CBI com capital social de R\$ 1.000,00 representado por 1.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, tendo como fundadores dois funcionários da VALE, Francisco Rohan de Lima e Luciana de Moraes Ferreira, cada um titular de 500 ações.
- Para fins do artigo 146 da Lei 6.404/76, o acionista Francisco Rohan de Lima cedeu uma ação ordinária para Pedro de Abreu Mariani (CPF nº 929.007.207-53) e uma ação ordinária para Kátia Christina Vasconcelos Rabelo de Melo (CPF nº 600.086.017-04).
- Ficou evidenciado que, além dos fundadores da CBI, todas as pessoas físicas citadas pelo TVF na criação da CBI e que ocuparam cargos de Conselheiros e Diretores nesta empresa, eram empregadas da Vale.
- A empresa fundada em outubro de 2000 por duas pessoas físicas, nesse mesmo ano passou a ter como única acionista a VALE.
- Posteriormente, em 2002, além da VALE o quadro de acionistas passou a ter também a Docepar (Atas de 06 de maio e 30 de outubro de 2002 e 30 de abril de 2003). Por fim, de acordo com Ata de Assembleia de 31 de julho de 2003, a única acionista da CBI era a própria SALOBO.

Conclui-se, do exposto, que há similitude suficiente com o paradigma nº 9101-003.612 para caracterização do dissídio jurisprudencial suscitado.

Já com respeito ao paradigma nº 9101-003.363, tem razão a Contribuinte quando aponta o relevo de as adquirentes, naquele caso concreto, serem pessoas jurídicas estrangeiras. O voto vencedor do paradigma minimiza esta circunstância ao analisar a similitude daquele caso

com o paradigma admitido. Contudo, no mérito tal peculiaridade é destacada para afirmar o caráter artificial da estrutura adotada para aquisição de investimento com ágio:

As investidoras estrangeiras provavelmente sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO, sem a participação de empresas sediadas em território brasileiro, não poderiam posteriormente pleitear o aproveitamento tributário dos ágios oriundos das operações. Por se tratarem de pessoas jurídicas sediadas no exterior, as investidoras não se submetem à legislação tributária brasileira. A posterior incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para as investidoras em seu país de origem.

Assim optaram as empresas estrangeiras integrantes do grupo multinacional KIMBERLYCLARK por adotar procedimentos de engenharia societária que permitissem, ao final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte KCB), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação das empresas KCTissueB, KCDoB, KCC e KCR foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado em território brasileiro poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

Assim, o recurso especial da PGFN deve ser conhecido quanto à divergência *possibilidade de amortização do ágio*, mas apenas com base no paradigma nº 9101-003.612.

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

No mérito, esta Conselheira mantém a adesão às antigas decisões da maioria qualificada deste Colegiado, contrárias à amortização fiscal do ágio em circunstâncias semelhantes, pautando-se em premissas que estão fundamentadamente fixadas pelo Conselheiro André Mendes de Moura. Dentre os diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado, destaca-se a manifestação mais recente, exarada no Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹². Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

¹² IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão¹³.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁴, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias,

¹³ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁴ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁵ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista¹⁶ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

¹⁶ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas

(Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99¹⁷.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

¹⁷ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA¹⁸.

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

¹⁸ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI¹⁹, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

¹⁹ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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

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

8. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é

que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

No presente caso, como bem exposto inicialmente pelo relator do acórdão recorrido, *trata-se de inequívoco uso de uma empresa – CBI – que, sem qualquer histórico de atividade econômica, atuou despida de propósito negocial próprio, mas tão somente para gerar benefício fiscal a outrem. Uma sociedade de capital social módico foi capitalizada em mais de uma centena de milhões de Reais, apenas para adquirir ações e, após, ser incorporada pela companhia adquirida. E tudo isso com as devidas cautelas para que, em nenhum momento, o investimento deixasse de ser dos efetivos titulares dos valores empregados.*

De fato, como já referido no exame de conhecimento do recurso especial, a afirmação de inexistência de *qualquer histórico de atividade econômica* por CBI, bem como sua transitoriedade a partir do momento em que seu capital social foi aumentado para aquisição do investimento na sociedade que a incorporou na sequência, são validamente extraídos da síntese dos fatos relatada no acórdão recorrido:

- Em 09/10/2000 foi constituída a CBI com capital social de R\$ 1.000,00 representado por 1.000 ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, tendo como fundadores dois funcionários da VALE, Francisco Rohan de Lima e Luciana de Moraes Ferreira, cada um titular de 500 ações.
- Para fins do artigo 146 da Lei 6.404/76, o acionista Francisco Rohan de Lima cedeu uma ação ordinária para Pedro de Abreu Mariani (CPF nº 929.007.207-53) e uma ação ordinária para Kátia Christina Vasconcelos Rabelo de Melo (CPF nº 600.086.017-04).
- Ficou evidenciado que, além dos fundadores da CBI, todas as pessoas físicas citadas pelo TVF na criação da CBI e que ocuparam cargos de Conselheiros e Diretores nesta empresa, eram empregadas da Vale.
- A empresa fundada em outubro de 2000 por duas pessoas físicas, nesse mesmo ano passou a ter como única acionista a VALE.
- Posteriormente, em 2002, além da VALE o quadro de acionistas passou a ter também a Docepar (Atas de 06 de maio e 30 de outubro de 2002 e 30 de abril de 2003). Por fim, de acordo com Ata de Assembleia de 31 de julho de 2003, a única acionista da CBI era a própria SALOBO.

Esses são os fatos trazidos na acusação fiscal, ao fim do que está consignado que *a fiscalização não tem informações de como se deram essas mudanças no quadro societário da CBI, uma vez que a empresa ora fiscalizada, apesar de intimada, não apresentou vários documentos da empresa incorporada, alegando dificuldades na sua obtenção por conta do tempo transcorrido. Dentre os documentos não apresentados estão os Livros de Registro de Ações Nominativas e de Transferência de Ações Nominativas.*

Na descrição da aquisição das ações da Contribuinte, a autoridade lançadora refere a aprovação da aquisição em Assembleia Geral Extraordinária e a celebração de contrato no qual VALE figura como interveniente, destacando que apesar de o fechamento do negócio ter ocorrido em 03/06/2002, a efetivação da compra somente ocorreu em 19/06/2002, depois de firmado

“Contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital” de VALE com a CBI, por meio do qual foi transferido a esta o montante de R\$ 136.158.830,88 *a serem utilizados para o fim específico de compra das ações de emissão da SALOBO METAIS S/A (“SALOBO”).*

Este o contexto a partir do qual a autoridade lançadora constata que CBI ficou “na prateleira”, isto é, inativa, e obviamente sem atividade econômica, desde a sua criação até 2002, tendo inclusive apresentado declaração de inatividade para 2002, que foi posteriormente retificada. A forma como VALE e Docepar S/A se tornaram acionistas da CBI não foi esclarecida à Fiscalização, nem identificada nos atos registrados na JUCERJA, e a autoridade lançadora ainda consigna que:

Não restam dúvidas de que a CBI funcionou apenas como uma empresa veículo, sem funcionamento operacional, sem funcionários e sem movimentação econômica. Sua existência foi efêmera, prestando-se apenas para a compra das ações da Salobo, sendo logo após incorporada.

Aliás, considerando-se que quem financiou de fato 100% da compra foi a própria Vale através de AFAC, que outro motivo existiria para essa compra ser efetuada via CBI, e não diretamente pela Vale, a não ser para permitir o aproveitamento do ágio num momento futuro? Não se pode esquecer que a Vale S.A. já detinha 50% da Salobo; então, qual a motivação para adquirir a outra metade da empresa através de uma subsidiária?

Além disso, repare que, historicamente, os direitos minerários correspondentes à jazida de cobre Salobo foram concedidos através da Portaria de Lavra nº 1121 (DNPM nº 807.426/74), expedida em 14/07/1987, pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, com pedido de Imissão na Posse publicado no DOU de 30/05/1989, tendo a Vale S/A assumido a posse da jazida em 30/08/1989. (DOC 21).

O depósito foi descoberto em 1977 e pesquisado pela Rio Doce Geologia e Mineração S/A – DOCEGEO, empresa controlada da Vale. Foram efetuados programas de pesquisas geológicas e tecnológicas na área da jazida, assim como estudos de viabilidade técnico-econômico-financeiras sobre o aproveitamento do Cobre da Salobo, culminando com a formalização da Salobo S.A., em 29/06/1993, através da associação da Vale e da Mineração Morro Velho Ltda., ficando cada uma com 50% de participação. Concomitantemente, a Vale transferiu para a Salobo os direitos minerários de sua propriedade, recebendo da Mineração Morro Velho Ltda, sua sócia na época, um pagamento de US\$ 26.666.667,00 a título de “finders fee”.

Assim, como se verifica, quem primeiro efetuou os estudos de viabilidade econômica da Salobo foi a própria Vale.

Diante desses fatos, resta evidente que a real investidora era a Vale S/A, pois quem viabilizou a aquisição fornecendo os recursos financeiros e tomou a decisão de pagar o sobrepreço de fato foi ela. Tanto que, nos seus comunicados enviados

ao mercado datados de 08/05/2002 e 19/06/2002 (DOC 14 e 01) a Vale - e não a sua subsidiária - *“informa que concluiu contrato de compra e venda para a transferência da totalidade da participação acionária detida pela Anglo American Brasil Ltda (Anglo) controlada da Anglo American plc, na Salobo Metais S A (Salobo)”*.

Diante disso, a resposta para as questões: Quem viabilizou a aquisição da Salobo? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Sem sombra de dúvida, a resposta para todas estas perguntas é: a **Vale S/A**. (destaques do original)

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

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

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

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

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

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio

originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela devido no Banespa.

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

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

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

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

Art. 23. [...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida²⁰. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

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

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

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

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

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. (*destaques do original*)

Embora referido precedente trate de amortização de ágio pago pela adquirente e transferido para empresa-veículo que participa de incorporação com a adquirida, a circunstância presente - de a empresa-veículo receber os recursos que serão destinados à aquisição da investida - não altera a premissa que conduz à conclusão antes adotada: a insubsistência ativa para aquisição da investida tem origem no patrimônio de VALE S/A que, inclusive, já detinha 50% do capital da investida, para além do fato de os fundadores de CBI, bem como seus Conselheiros e Diretores, serem empregados de VALE S/A.

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

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN com respeito às glosas de amortização do ágio formado na aquisição do investimento na Contribuinte autuada. Considerando que, apesar de não requerido em contrarrazões, há argumentos de defesa subsidiários relatados no acórdão recorrido – acerca do lançamento de multa isolada e de aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício – ainda que este último já se trate de matéria sumulada, necessário se faz o retorno ao Colegiado *a quo*.

Conclusão

O presente voto, assim, é por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Especial da PGFN e DAR-LHE PROVIMENTO, restaurar as glosas de amortização de ágio, com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa não apreciados no acórdão recorrido.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Fernando Brasil de Oliveira Pinto**, redator designado

A I. Relatora restou vencida em seus fundamentos para dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. A maioria qualificada do Colegiado se estabeleceu em face das razões por mim apresentadas na sessão de julgamento e, a seguir, expostas.

Solicitei vista dos autos porque, conforme venho me manifestando que, nas exigências referentes à amortização de ágio após confusão patrimonial entre a suposta investidora e a sua investida, há de se examinar as razões pelas quais foi interposta uma empresa como adquirente do investimento. No caso concreto, utilizou de uma suposta *holding* denominada CBI (Caulim do Brasil Investimentos S.A.), para a aquisição do investimento (ações de SALOBO).

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre *a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais*.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

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 nº1.730, 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). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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 nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, 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. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio *deverá ser* ativado e utilizado *como custo somente no momento da alienação do investimento*, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

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):

[...]

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

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

- 1) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 2) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;
- 3) **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo reconhecimento de que a pessoa jurídica investidora originária é aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da pessoa jurídica investida. Ou, se examinado sob o ângulo da *holding* formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

Dessa forma, para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe, em regra, a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou, em situação de exceção, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

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

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

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

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro²¹ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga

²¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

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

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão nº 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela

totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênia equivocado, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei nº 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, *verbis*:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei nº 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização

societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei nº 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão nº 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão nº 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão nº 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio - a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente a vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Retornando ao caso concreto, compulsando os autos, não identifiquei as razões acerca da existência de qualquer impossibilidade jurídica ou operacional de a VALE adquirir diretamente as ações da SALOBO e, posteriormente, realizar a sua posterior incorporação com o consequente início da amortização do ágio.

Nesse contexto, o Contribuinte sustenta que a utilização da CBI foi uma opção negocial legítima, e que a autuação parte da premissa equivocada de que a Vale deveria ter sido a adquirente direta. A tese central da autoridade fiscal autuante é que CBI foi a efetiva compradora das ações, tendo assumido os direitos e os ônus econômicos da operação.

Entre as justificativas apresentadas pelo Contribuinte, destacam-se:

- A CBI celebrou o contrato de compra e venda com a Anglo American, efetuou o pagamento e registrou contabilmente o investimento e o ágio referente à aquisição das ações de SALOBO. A VALE não teria sido parte no contrato de aquisição;
- Os recursos foram transferidos pela Vale à CBI mediante AFAC (Adiantamento para Futuro Aumento de Capital). Segundo o Contribuinte, uma vez recebidos pela CBI, esses recursos passaram a integrar seu patrimônio, cabendo à CBI suportar o ônus econômico da operação;
- Argumenta ainda que não existe, na legislação, o conceito de “*real adquirente*” defendido pela fiscalização. Assim, o fato de a Vale ter aportado recursos não retiraria da CBI a condição de investidora e adquirente;
- Também sustenta que a obtenção de recursos junto à controladora para realizar uma aquisição é uma prática empresarial comum e não descaracteriza a compradora formal da participação societária;

Quanto à impossibilidade de aquisição direta pela VALE, em diferentes momentos de suas manifestações, alega que a estrutura adotada para a aquisição da participação societária da Anglo American na Salobo por intermédio da CBI teria sido influenciada ou justificada pela existência de supostos óbices de natureza societária e regulatória. Nesse sentido, afirma que haveria “óbices societários (CVM) e regulatórios” que justificariam a utilização da empresa-veículo, chegando a sustentar que a “operação direta era inviável” e que a modelagem adotada decorreria de condicionantes regulatórios externos.

Todavia, embora a contribuinte faça referência a tais alegados obstáculos em sua Impugnação (fls. 13.453 e seguintes), no Recurso Voluntário (fls. 13.749 e seguintes) e nas Contrarrazões ao Recurso Especial da Fazenda Nacional (fls. 13.947 e seguintes), não identifica objetivamente qual dispositivo legal, regulamentar ou contratual impediria a VALE de adquirir diretamente a participação detida pela Anglo American na Salobo, nem especifica qual regra da CVM, do então DNPM, da legislação minerária, de eventual acordo de acionistas ou de qualquer outro regime regulatório proibiria tal aquisição.

Da mesma forma, a contribuinte não demonstra a existência de qualquer impedimento jurídico concreto à realização de operação societária diretamente entre VALE e SALOBO, seja por meio de incorporação direta, seja por meio de incorporação reversa. As peças de defesa limitam-se a afirmar genericamente a existência de “óbices societários” e “regulatórios”, sem individualizar a respectiva norma, sem explicitar o mecanismo jurídico de impedimento e sem esclarecer de que forma tais restrições inviabilizariam a operação apontada pela fiscalização.

Mais do que isso, não foi juntado aos autos qualquer documento apto a comprovar a alegação defensiva. Não há parecer regulatório, manifestação de órgão supervisor, decisão administrativa, cláusula contratual, acordo de acionistas, ato da CVM, ato do DNPM ou qualquer

outro elemento de prova que demonstre que a Vale estivesse impedida de adquirir diretamente a participação societária em questão ou, posteriormente, de promover reorganização societária envolvendo a Salobo.

Assim, as alegações de supostos obstáculos regulatórios permanecem em plano meramente assertivo. Embora a contribuinte invoque a existência de óbices dessa natureza para justificar a interposição da CBI, não produziu prova que permita concluir pela efetiva impossibilidade jurídica de aquisição direta da participação societária pela Vale ou de posterior incorporação da Salobo, circunstância que enfraquece a força persuasiva da justificativa apresentada e impede que tal argumento seja acolhido apenas com base em afirmações genéricas desacompanhadas de demonstração concreta.

Desse modo, o conjunto probatório dos autos reforça a conclusão de que a interposição da CBI não se justificou por qualquer necessidade econômica, operacional, societária ou regulatória efetivamente demonstrada. Embora a contribuinte tenha aludido, em termos genéricos, à existência de supostos “óbices societários” e “regulatórios”, jamais identificou qual norma concreta impediria a VALE de adquirir diretamente a participação da Anglo American na SALOBO, tampouco produziu prova de eventual restrição à realização de posterior incorporação entre VALE e SALOBO. A alegação permaneceu desacompanhada de qualquer suporte documental ou normativo.

Tal circunstância assume especial relevância porque a própria VALE já detinha diretamente 50% do capital social da SALOBO antes da aquisição da participação remanescente. Como destacado pela fiscalização, a VALE era a empresa que havia desenvolvido os estudos geológicos e de viabilidade econômica do empreendimento, era titular originária dos direitos minerários, financiou integralmente a aquisição mediante AFAC especificamente destinado à compra das ações, comunicou a operação ao mercado em seu próprio nome e foi quem efetivamente decidiu assumir o dispêndio correspondente ao ágio pago pela expectativa de rentabilidade futura. Assim, todos os elementos econômicos substanciais da operação estavam concentrados na VALE, e não na CBI.

Por outro lado, os fatos apurados pela fiscalização evidenciam que a CBI possuía as características típicas de uma sociedade de prateleira ou veículo transitório. Foi constituída por empregados da VALE, tinha sede no mesmo endereço da controladora, permaneceu inativa por longo período, não possuía atividade operacional própria, não mantinha empregados, não desenvolveu empreendimento econômico relevante e somente foi utilizada quando sobreveio a oportunidade de aquisição da participação societária na SALOBO. Isoladamente, tais circunstâncias poderiam se mostrar em mero indício, mas, em seu conjunto, demonstram cabalmente a artificialidade da interposição de CBI na operação.

Com efeito, apenas um ano e dois meses após a aquisição da participação societária na SALOBO, a CBI foi incorporada pela própria SALOBO e extinta. Diante da ausência de atividade operacional relevante, da inexistência de empregados, da utilização de recursos integralmente

aportados pela VALE e da não demonstração de finalidade econômica autônoma para sua manutenção, os fatos apurados pela fiscalização indicam que a função desempenhada pela CBI esgotou-se com a implementação da estrutura societária concebida para a aquisição da participação e para o subsequente aproveitamento do ágio pela SALOBO.

Nesse contexto, a ausência de qualquer justificativa negocial ou regulatória comprovada para a utilização da CBI, somada ao fato de a VALE já ocupar diretamente posição societária de 50% na SALOBO e poder adquirir em seu próprio nome a participação remanescente da Anglo American, conduz à conclusão de que a interposição da empresa-veículo teve por finalidade exclusiva criar artificialmente uma cadeia societária destinada a deslocar o ágio para a sociedade operacional que futuramente geraria resultados tributáveis. Em outras palavras, a estrutura adotada permitiu construir formalmente uma incorporação entre CBI e SALOBO, sem que houvesse necessidade de uma reorganização societária envolvendo diretamente a VALE, verdadeira financiadora e beneficiária econômica da aquisição.

De fato, se existisse razão econômica, societária ou regulatória legítima para impedir que a VALE adquirisse diretamente a participação ou promovesse reorganização societária envolvendo a SALOBO, seria natural que tal circunstância tivesse sido claramente identificada e comprovada nos autos. Ocorre que a contribuinte se limitou a mencionar, de forma genérica, supostos “óbices societários” e “regulatórios”, sem indicar qual norma os estabeleceria, qual autoridade os teria imposto ou de que modo inviabilizariam a aquisição direta ou a incorporação entre VALE e SALOBO. A ausência dessa demonstração enfraquece substancialmente a explicação apresentada e reforça a percepção de que a estrutura adotada não atendia a finalidade negocial autônoma.

Assim, longe de infirmar a autuação, a inexistência de justificativa concreta para a não utilização de uma aquisição direta pela VALE acaba por corroborar a tese fiscal de que a CBI foi utilizada como mero instrumento de passagem, destinado a contornar a disciplina dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A operação não promoveu a confusão patrimonial entre a verdadeira investidora, isto é, a VALE, e a sociedade cuja rentabilidade futura justificou o pagamento do ágio, isto é, a SALOBO. Ao contrário, a utilização de uma sociedade sem substância econômica própria permitiu apenas reproduzir formalmente os pressupostos necessários à amortização do ágio, sem que estivesse presente a situação material que a legislação buscou disciplinar. Nessa perspectiva, os elementos coligidos pela fiscalização revelam que a interposição da CBI não teve outra função relevante senão viabilizar artificialmente o aproveitamento fiscal do ágio, razão pela qual se mostra legítima a sua desconsideração para fins da aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa não apreciados no acórdão recorrido.

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto