



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 18470.727288/2011-53  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 1101-001.075 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 07 de abril de 2014  
**Matéria** IRPJ/CSLL - Amortização de ágio e depreciação  
**Recorrentes** SÃO MARCOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2008

DESPESAS DE DEPRECIÇÃO. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DE ÁGIO. Deve ser cancelado o lançamento se a acusação fiscal não demonstra validamente quais requisitos legais para dedução fiscal do ágio incorporado ao ativo imobilizado deixaram de ser observados.

DESPESA COM JUROS SOB EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO PELA INCORPORADA. Correta a decisão que cancela a exigência sob o fundamento de que *a necessidade do empréstimo e da despesa com os respectivos juros deve ser avaliada sob a ótica da empresa incorporada.*

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. DEDUTIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. Cabe ao contribuinte o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito à dedução das despesas com amortização do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à glosa de despesas de depreciação; 2) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício; e 3) por unanimidade de votos, NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à amortização de ágio, votando pelas conclusões o Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(documento assinado digitalmente)*

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

Processo nº 18470.727288/2011-53  
Acórdão n.º **1101-001.075**

**S1-C1T1**  
Fl. 3

---

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antonio Lisboa Cardoso.

CÓPIA

## Relatório

SÃO MARCOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ - I que, por maioria de votos, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 11/10/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 6.024.482,25.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

### *B - HISTÓRICO*

#### *3. É incontroverso que:*

"2.1. Em 31.01.2008, ANCAR IC S.A. (ANCAR) e os antigos controladores da IMPUGNANTE (VENDEDORES) celebraram contrato (CONTRATO) por meio do qual os VENDEDORES concordaram em ceder a ANCAR a totalidade das quotas do capital da IMPUGNANTE.

2.2. De acordo com a cláusula 15.6.1 do CONTRATO, os direitos e obrigações assumidos por ANCAR poderiam ser por ela transferidos a qualquer outra empresa ou entidade pertencente ao Grupo Ancar ou ao Grupo Ivanhoe Cambridge.

2.3. Em 30.07.2008, ANCAR transferiu os direitos e obrigações relativos ao CONTRATO a SPE Ancar Subsidiária S.A (SPE ANCAR), sociedade pertencente ao Grupo Ancar. No mesmo dia e em razão do cumprimento de todas as condições previstas no CONTRATO para a realização do negócio, os VENDEDORES transferiram para SPE ANCAR todas as quotas do capital da IMPUGNANTE e, em contrapartida, SPE ANCAR pagou a importância total de R\$ 615.000.000,00 [*Segundo o Termo de Constatação (fl. 147), a aquisição da São Marcos pela SPE Ancar ocorreu em 31/07/2008*].

2.4. Parte dos recursos utilizados por SPE ANCAR para aquisição das quotas do capital da IMPUGNANTE (R\$ 112.786.264,94) foi obtida por meio de empréstimo contraído de empresa situada no exterior.

2.5. As quotas do capital da IMPUGNANTE foram adquiridas por SPE ANCAR por preço superior ao correspondente valor de patrimônio líquido contábil (PLC), razão pela qual coube a SPE ANCAR, por força da legislação em vigor, desdobrar o custo de aquisição dos investimentos na IMPUGNANTE, indicando o seu valor de PLC e o ágio então verificado, o qual teve por fundamento o fato de os bens pertencentes ao ativo da IMPUGNANTE estarem contabilmente registrados por valor inferior ao de mercado.

2.6. Em 31.07.2008, SPE ANCAR foi incorporada pela IMPUGNANTE e, em razão disso, o ágio contabilizado por SPE ANCAR acresceu o valor dos bens da IMPUGNANTE que deram causa ao pagamento do referido ágio, aumentando seu valor para fins de alienação e/ou depreciação.

2.7. Conforme Termo de Constatação anexo aos AUTOS (TERMO), com a extinção de SPE ANCAR: (i) parte do ágio foi atribuído à conta de "construções" da IMPUGNANTE, aumentando seu valor em R\$ 241.370.036,50; e (ii) o referido montante foi utilizado para fins de

determinação das despesas de depreciação apuradas pela IMPUGNANTE no ano de 2008.

2.8. Também em razão da incorporação efetuada, a dívida contraída por SPE ANCAR, mencionada em 2.4, acima, foi sucedida pela IMPUGNANTE, tendo ela, no ano-calendário de 2008, incorrido em juros no montante de R\$ 4.663.638,71, os quais foram tratados como despesa dedutível para fins de apuração do IR e da CSLL do referido período.

2.9. Além dos fatos acima descritos, a IMPUGNANTE, para fins de apuração do IR e da CSLL do ano-calendário de 2008, também considerou como dedutível despesa relativa à amortização de ágio oriundo de operações ocorridas em período anterior, no montante total de R\$ 3.855.845,94" (*Impugnação, fls. 185/187*).

*C - Glosa da despesa com depreciação*

*4. A fiscalização assim motivou a glosa da despesa com depreciação:*

" (...) a empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A foi criada em 20 de março de 2008 (vide doc. 3), foi extinta por incorporação em 31/07/2008, e teve como única finalidade constar como adquirente da empresa sob fiscalização (...) [A] criação e posterior extinção da empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A, revela inexistência de fundamento econômico, pois carece de propósito negocial a criação de sociedade para posterior extinção, restando maculado o ágio havido na aquisição de participação societária, ocorrida antes da incorporação (...).

Temos que considerar que no presente caso ocorreu uma incorporação às avessas, em que a empresa controlada (...) incorporou a controladora (...) [Os] pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico. Na operação de incorporação às avessas, na qual a empresa controlada incorpora a empresa controladora imediatamente após esta ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica a contabilização, por parte do incorporador, de ágio de si próprio em acréscimos do imobilizado, gerando com isso despesas indevida de depreciação". (*Sublinhamos, fls. 150/151*).

*5. A Interessada entende que a despesa em tela é dedutível porque:*

4.12. (...) de acordo com Lei nº 9.532/97, a união da investidora e da investida por meio de processo de incorporação transforma o ágio fundamentado na subavaliação contábil dos ativos da empresa investida em aumento do valor dos próprios ativos que lhe deram causa, permitindo sua depreciação, amortização ou exaustão.

(...)

4.22. Ou seja, o entendimento da fiscalização de que, por se tratar de incorporação inversa, o ágio pago por SPE ANCAR não poderia ser somado ao valor dos ativos da IMPUGNANTE é absurdo e afronta texto de lei (art. 8º da Lei nº 9.532/97) (...).

4.23. Quanto ao argumento de que o ágio restaria maculado pelo fato de SPE ANCAR ter participado da reestruturação, sabe-se que a expressa regulamentação do tratamento de ágio pago na aquisição de empresas foi extremamente importante para o processo de privatização que, na época da publicação da Lei nº 9.532/97, se encontrava em andamento no país.

(...)

4.26. Os artigos 7º e 8º do referido diploma legal não exigiram qualquer propósito negocial para que as incorporações por ela disciplinadas pudessem ser efetuadas, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente e justificável.

4.27. As incorporações efetuadas logo após o processo de privatização não se justificariam senão em razão do próprio aproveitamento do ágio verificado, conforme expressamente previsto na Lei nº 9.532/97.

4.28. É evidente que as empresas adquirentes, até mesmo em razão de terem sido constituídas exclusivamente para o processo de privatização, não exerciam quaisquer das atividades que até então eram predominantemente exercidas em território brasileiro pelas estatais. Ou seja, na data em que publicada a Lei 9.532/97, já era de pleno conhecimento do governo que nenhuma sinergia operacional entre a investidora e a investida poderia ser razoavelmente apresentada para justificar as incorporações que viriam a ser efetuadas, com a consequente dedutibilidade do ágio então verificado na aquisição da empresa.

4.29. O benefício concedido pela Lei nº 9.532/97 não foi, contudo, expressamente circunscrito à aquisição das empresas estatais, sendo aplicável a todo e qualquer caso de aquisição de empresas que viessem a ser incorporadas.

4.30. A aquisição do investimento, transferência do mesmo a empresa veículo e subsequente incorporação desta foi expressamente aceita e disciplinada de forma genérica pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como forma de o contribuinte usufruir do benefício fiscal concedido pela Lei nº 9.532/97. Nesse sentido, o seguinte trecho da Nota Explicativa da CVM à Instrução nº 349/2001, que, apesar de se referir ao ágio fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da empresa investida, não destoia das razões até aqui apresentadas pela IMPUGNANTE:

*"Por outro lado, a criação da empresa veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade de seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada."*

4.32. Pode-se, assim, afirmar que o próprio Poder Executivo, por uma de suas autarquias (a CVM), reconhece, expressamente, que o registro de ágio por uma pessoa jurídica, inclusive um veículo criado após a aquisição dos investimentos de terceiros, com a subsequente incorporação da empresa investidora é apta a gerar a dedutibilidade do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, independentemente da existência de qualquer motivação negocial.

(...)

4.47. Portanto, não há qualquer fundamento para a desconsideração, para efeitos fiscais, das operações realizadas no caso ora em exame, tendo em vista, não apenas a licitude dos atos praticados (expressamente contemplados pela legislação tributária e societária referida acima), como a legitimidade do negócio realizado.

#### D - Glosa de despesa com juros

*Para a fiscalização, a despesa com juros é indedutível porque:*

"5.2 - Para que fosse possível que a empresa incorporada SPE Ancar IC Subsidiária S/A pudesse efetuar a compra da empresa sob fiscalização São Marcos Empreendimentos Imobiliário Ltda, uma parte dos recursos foi obtida

através de empréstimo no valor de R\$ 112.786.264,94 (...), o qual foi emprestado pela empresa ligada Ivanhoé Brazil Capital II INC domiciliada no Canadá (...).

6 - Quando ocorreu a incorporação em 31/07/2008 da empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A pela empresa sob fiscalização São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, a incorporadora São Marcos contabilizou em seu Passivo o empréstimo obtido pela incorporada SPE Ancar IC no valor de R\$ 112.786.264,94, ou seja, a empresa sob fiscalização São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, apropriou despesas financeiras incidentes sobre um empréstimo que tinha sido contraído pela incorporada, empréstimo esse que se destinou a compra da própria empresa sob fiscalização.

A fiscalização ressalta que esse empréstimo não trouxe nenhum benefício para a empresa sob fiscalização (São Marcos), portanto, a despesa financeira no valor de R\$ 4.663.638,71 (...) não atende aos requisitos de necessidade em relação às atividades operacionais da empresa ora autuada.

*7. A Interessada entende que a despesa em tela é dedutível porque:*

"5.1. Como visto, parte dos recursos utilizados por SPE ANCAR na aquisição das quotas do capital da IMPUGNANTE decorreu de empréstimo concedido por empresa situada no exterior. Com a incorporação de SPE ANCAR, a dívida contraída foi sucedida pela IMPUGNANTE, tendo ela incorrido, no ano de 2008, em juros no montante de R\$ 4.663.638,71, o qual foi considerado como despesa dedutível para fins de apuração do IR e da CSLL do referido período.

5.2. De acordo com a fiscalização, não se poderia admitir que a IMPUGNANTE, para fins de apuração das bases de cálculo de IR e CSLL, deduzisse como despesa financeira juros relativos a empréstimo que não atenderia ao requisito de necessidade, uma vez que contraído para a aquisição de suas próprias quotas.

(...)

5.11. Mas não foi isso que ocorreu. Os juros resultaram da obtenção de financiamento para a aquisição do controle de uma pessoa jurídica (IMPUGNANTE) por outra pessoa jurídica (SPE ANCAR); ou seja, resultaram de negócio pelo qual SPE ANCAR efetivamente adquiriu um ativo diretamente relacionado com a sua atividade. Por sua vez, a operação responsável pelo surgimento na IMPUGNANTE da obrigação de pagar os juros decorrentes de empréstimo não foi a aquisição de suas próprias quotas, mas sim a incorporação da SPE ANCAR. Em outras palavras: (i) a obrigação de pagar os juros é oriunda de negócio perfeitamente válido e usual, qual seja, a aquisição do controle de determinada sociedade; e (ii) a transferência para a IMPUGNANTE da obrigação de pagar juros é consequência de uma reestruturação societária também perfeitamente válida e normal, qual seja, a incorporação de empresas, que, segundo o art. 227 da Lei das S.A. (Lei 6.404, de 15.12.1976), faz com que a incorporadora suceda todos os direitos e obrigações da incorporada.

(...)

5.15. Além do mais, deve ser ressaltado que não é correto afirmar que o empréstimo assumido pela IMPUGNANTE na qualidade de sucessora de SPE ANCAR não importou no recebimento de qualquer contrapartida.

5.16. Como visto, o empréstimo originalmente contraído por SPE ANCAR foi utilizado para a aquisição das quotas da IMPUGNANTE. Com a incorporação de SPE ANCAR, o ágio pago na referida operação foi, por força do que determina a legislação, atribuído aos ativos da IMPUGNANTE que lhe deram

causa; ou seja, o valor de patrimônio da IMPUGNANTE foi acrescido em valor muito superior ao empréstimo anteriormente contraído por SPE ANCAR, daí porque não é correto afirmar que as despesas financeiras relativas ao empréstimo assumido pela IMPUGNANTE não teriam importado em qualquer incremento patrimonial.

(...)

5.18. No que se refere especificamente ao AUTO de CSLL, há ainda, outro argumento que demonstra o equívoco cometido pela fiscalização. Com efeito, ainda que as despesas financeiras em causa fossem consideradas indedutíveis para fins de IR, por não atenderem aos requisitos do art. 299 do RIR, o que se admite apenas para fins de argumentação, sua dedução não poderia deixar de ser aceita para fins de CSLL.

5.19. Isso porque, o art. 299 aplica-se apenas ao IR; a legislação da CSLL não contém dispositivo semelhante, que condicione a dedutibilidade de despesas à comprovação de sua necessidade.

5.21. Tem-se, portanto, que, para fins de CSLL, podem ser deduzidas quaisquer despesas que tenham sido levadas em consideração na apuração do lucro líquido do exercício, ou seja, que tenham sido pagas ou incorridas, o que não se discute no caso concreto. Esta é a única condição à qual as mesmas se subordinam".

*E - Glosa da despesa com amortização de ágio*

8. Durante a fiscalização, o Interessado informou que a "base legal para a amortização [do ágio] é o inciso III, do art. 7º da Lei nº 9.532" (fl. 112). Intimado a "fornecer a documentação bem como os cálculos efetuados, que ampararam a apropriação como despesa na Ficha 06 A, no item 43 "Amortização do Ágio nas Aquisições de Investimentos avaliados pelo PL", do valor de R\$3.885.845,94" (fl. 123), o Interessado anexou à sua resposta (fl. 124) "o cálculo do ágio (que foi fundamentado na expectativa de lucratividade futura), objeto do Anexo I, ágio esse que está devidamente respaldado pelo laudo técnico elaborado pela Planenge - Planejamento e Engenharia de Avaliações S/C Ltda. (que constitui o Anexo II)". No referido laudo técnico, foi apurado um ágio por expectativa de rentabilidade futura no valor de R\$24.735.793,00 (fl. 140), enquanto, no anexo I (fl. 125), há uma planilha (parcialmente reproduzida abaixo) em que se aloca, por shopping center, as respectivas parcelas do ágio e de sua amortização:

"Valores conforme Laudo de Avaliação da São Marcos de 30/11/2000

(...)

Expectativa de rentabilidade de lucros futuros POR SHOPPING	<u>1/60 avos ***</u>
Centervale	6.602.680,21 110.044,67
Interlagos	9.036.146,87 150.602,45
Downtown	3.849.277,79 64.154,63
Botafogo	<u>5.247.688,12 87.461,47</u>
	<u>24.735.793,00 412.263,22</u>

\*\*\* Valores amortizados mensalmente na São Marcos de acordo com o art. 386, inciso III, do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99)"

9. Em nova intimação (fl. 145), a fiscalização reiterou o pedido de apresentação de documentação que amparasse a dedução da despesa com amortização, uma vez que "o laudo técnico fornecido não tem nenhuma relação com o ágio que pode ser amortizado, conforme dispõe o inciso III do artigo 386 do Regulamento do Imposto de Renda" (fl. 143). A esta intimação, o Interessado respondeu que:

"Em relação à solicitação de apresentação complementar, vimos informar que não localizamos documentos adicionais relativos à despesa no valor de R\$ 3.885.845,94 (três milhões oitocentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e noventa e quatro centavos) apropriada no ano calendário de 2008, e que entendemos que os documentos apresentados em 31/08/2011, são suficientes para demonstrar a composição deste valor, que se baseia na expectativa de lucratividade futura.

São esses documentos, apresentados em 31/08/2011:

- Cálculo do ágio que foi fundamentado na expectativa de lucratividade futura;
- Laudo técnico elaborado pela Planenge - Planejamento e Engenharia de Avaliações S/C Ltda". (fl. 145)

*10. No Termo de Constatação do Auto de Infração, a autoridade fiscal assim justificou a glosa da amortização:*

"... o laudo técnico elaborado pela Planenge - Planejamento e Engenharia de Avaliações S/C Ltda, datado de 30/11/2000, o qual foi apresentado pelo contribuinte como justificativa da despesa da amortização do ágio, não dá nenhum respaldo para apropriação como despesa da referida amortização, visto que para que possam ocorrer amortizações do ágio, a pessoa jurídica tem que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, e a fiscalização ressalta que em nenhum momento a autuada comprovou que no ano de 2000, data da elaboração do laudo apresentado, tenha ocorrido qualquer operação da fusão, cisão ou incorporação.

Considerando que o Laudo apresentado pela autuada não tem nenhuma relação com o inciso III do artigo 386 do RIR/99, pois o objetivo do Laudo foi o seguinte: Determinar o valor de mercado da empresa São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, com base na expectativa de lucratividade futura das projeções realizadas nos shoppings pertencentes ao seu patrimônio, portanto, não há como aceitar a Despesa de Amortização do Ágio no valor de R\$ 3.885.845,94, o qual foi alocado indevidamente como despesa pelo contribuinte, pois não foi comprovado pela autuada que no ano de 2000, tenha ocorrido qualquer operação de fusão, cisão ou incorporação, que é a CONDIÇÃO NECESSÁRIA para que o contribuinte pudesse apropriar como despesa a amortização do ÁGIO conforme dispõe o inciso III do artigo 386 do RIR/99". (fl. 156).

*11. O Interessado impugnou esta parte do lançamento nos seguintes termos:*

6.3. Apesar de ter apresentado os documentos exigidos, a fiscalização entendeu que seria indevida a apropriação da despesa em causa, uma vez que não teria ocorrido nenhuma incorporação, cisão ou fusão que permitisse a dedutibilidade do ágio, conforme determinam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (...).

6.4. Não obstante, conforme se demonstrará abaixo, o ágio em exame não só estava suportado por laudo específico, como também poderia ter sido deduzido pela IMPUGNANTE a partir do ano-calendário de 2004, em razão de incorporação efetuada naquele período.

6.5. Conforme demonstra o Balancete Patrimonial anexo (DOC. 02), elaborado em fevereiro de 2004, a empresa GPK Participações S.A. (GPK), controladora da IMPUGNANTE, registrava em suas demonstrações financeiras ágio correspondente à aquisição das quotas do capital da IMPUGNANTE no montante de R\$ 62.897.884,40. O ágio registrado por GPK, tal qual demonstrado pelo laudo referido pelo próprio Termo de Constatação, tem por

fundamento as perspectivas de rentabilidade futura da IMPUGNANTE e a existência de ativos subavaliados no patrimônio da IMPUGNANTE. Da parcela do ágio registrado por GPK, R\$ 24.735.793,00 estavam fundamentados em perspectivas de rentabilidade futura da IMPUGNANTE.

6.6. Em 19.02.2004, GPK foi incorporada pela IMPUGNANTE, conforme comprovam os documentos anexos (DOC. 03); em razão disso, o valor do ágio registrado em GPK e fundamentado nas perspectivas de rentabilidade futura da IMPUGNANTE, no montante de R\$ 24.735.793,00, foi contabilizado no seu ativo diferido (DOC. 04), passando a ser amortizado e deduzido fiscalmente.

6.7. O procedimento acima adotado está em consonância com o que dispõem o inciso III do art. 7º e com o art. 8º da Lei nº 9.532/97.

6.8. Em suma, o único motivo que levou a fiscalização a glosar as despesas de amortização em causa, qual seja, a inoportunidade de processos de incorporação, fusão ou cisão que permitiriam a dedutibilidade do ágio em causa, está equivocado, já que, conforme comprovado, a GPK, controladora da IMPUGNANTE, foi por ela incorporada no ano-calendário de 2004, devendo ser cancelados os respectivos débitos de IR e CSLL exigidos pelos AUTOS". (fls. 209/210).

*Os documentos 02, 03 e 04, a que o Interessado se refere, encontram-se às fls. 238, 239/257 e 258/262.*

A Turma Julgadora acolheu parcialmente estes argumentos aduzindo que:

- Não se confirma a acusação de inexistência de fundamento econômico para o ágio pago em razão de mais-valia de bens do ativo da investida (ora autuada) porque *a mais-valia foi estipulada por meio de uma negociação entre partes independentes;*
- O art. 8º, “b” da Lei nº 9.532/97 autoriza a amortização de ágio nos casos em que a controlada incorpora a controladora, e em tais condições *o ágio de si própria com fundamento em mais-valia deve ser registrado em contrapartida à conta do bem que lhe deu causa;*
- Com referência à necessidade de propósito comercial, *o legislador, ao aprovar os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, considerou operações de incorporação, fusão e cisão cercadas pelas circunstâncias que normalmente às acompanham, isto é, operações realizadas por meio do exercício regular do direito de auto-organização. Entretanto, se o contribuinte tiver como finalidade única ou preponderante pagar menos impostos, estará abusando do seu direito de auto-organização. Vale dizer, estará cometendo um ato ilícito, e, conseqüentemente, não poderá beneficiar-se dos seus efeitos. Se pretendia, por exemplo, deduzir uma despesa, esta tornar-se-á indedutível.*
- *... a Ancar assumiu o compromisso de comprar todas as quotas da São Marcos, mas em vez de simplesmente pagar o preço, a Ancar optou por tornar-se quotista da São Marcos seguindo caminho diverso, permitindo questionar com que finalidade a SPE Ancar foi criada e recebeu o direito de compra da São Marcos se a aquisição podia ser feita diretamente pela Ancar e a SPE Ancar Shopping? Porque, na verdade, essas operações não se prestaram a alcançar o objetivo comercial. Em vez disso, serviram apenas para que a São Marcos pudesse economizar tributos, depreciando os bens que deram origem ao ágio. Presente, portanto o abuso do direito de auto-organização, ato ilícito que torna indedutível a despesa de depreciação.*

- ... não houve na Instrução CVM 349/2001, tampouco em na sua Nota Explicativa, o reconhecimento da dedutibilidade do ágio. Não houve, nem poderia haver, pois não compete à CVM regulamentar a apuração do lucro tributável, seja pelo IRPJ, seja pela CSLL. O que a CVM regulamentou foi o tratamento contábil do ágio e do deságio, para os casos em que o contribuinte faz jus ao benefício fiscal. Vale dizer, se o ágio for dedutível, deverá receber o tratamento contábil estabelecido na Instrução CVM 319/1999, com alterações da Instrução CVM 349/2001. Mas quem se pronuncia sobre a dedutibilidade do ágio é, num primeiro momento, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela fiscalização, e posteriormente, caso haja litígio, as Delegacias da Receita Federal de Julgamento e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Logo, como não há, por parte dessas autoridades, o reconhecimento que o Interessado menciona, seu segundo contra-argumento também não prospera.
- Com referência às despesas de juros, não se pode afirmar que o Interessado tenha contraído um empréstimo para adquirir suas próprias quotas. Em vez disso, está provado nos autos que a mutuária foi a SPE Ancar, para a qual o empréstimo era necessário, uma vez que não dispunha de capital suficiente para realizar a operação (Vide balanço patrimonial de fls. 108/109). Além disso, o fato de a despesa não ter gerado receita, não a torna indedutível. Isso pode ser constatado considerando-se a situação em que uma empresa toma um empréstimo para adquirir certa participação societária, com a finalidade de receber dividendos, mas não os recebe porque a investida passa a ter prejuízos. Embora a despesa de juros fosse indedutível porque transferida da SPE para a autuada através de atos ilícitos, esta não foi a motivação fiscal para a glosa, que assim deve ser afastada.
- Quanto à amortização de ágio, além da inoportunidade de incorporação, fusão ou cisão, a glosa justifica-se porque os documentos apresentados não esclarecem como a despesa de R\$ 3.885.845,94 foi apurada a partir do valor da expectativa de rentabilidade futura. Por sua vez, a documentação acrescentada ao processo é insuficiente para que se verifique se o Interessado faz jus à dedução de R\$ 3.885.845,94 porque diz respeito apenas à incorporação da GPK pela São Marcos. Para decidir se o valor em questão é dedutível, é necessário examinar também a documentação referente à formação do ágio, ou seja, os documentos que registram a aquisição da São Marcos por valor superior ao de seu patrimônio líquido. É necessário averiguar, por exemplo, se a São Marcos e seu adquirente eram partes independentes ou se estavam sob controle comum. Neste último caso, temos o chamado ágio interno, cujas amortizações são indedutíveis.

Divergiu o Julgador Jacog Frajdenberg, que afastava a glosa de despesa com depreciação, apresentando declaração de voto na qual conclui não ver *qualquer ilegalidade, qualquer abuso de direito, em que o Grupo Ancar, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, tivesse seguido, assim como outras empresas o fizeram, exatamente o que foi feito no processo de privatização das empresas estatais, planejamento regular mediante a utilização da empresa veículo (SPE Ancar), uma vez que não resultou em aparecimento de novo ágio, tampouco em economia de tributo diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo (SPE Ancar).*

A reversão da glosa de despesas com juros ensejou exoneração de crédito tributário em montante superior ao previsto na Portaria MF nº 3/2008, motivo pelo qual a **decisão foi submetida a reexame necessário.**

Cientificada da decisão de primeira instância a contribuinte interpôs recurso voluntário em 12/07/2013 (fls. 304/342).

Reprisando *as digressões que fez em sua impugnação acerca da disciplina legal do ágio e seu aproveitamento fiscal*, a recorrente traça o histórico do tratamento tributário dado ao tema, reporta-se ao processo de privatização e à constituição de empresas exclusivamente para aquisição das estatais, inclusive em razão de exigência dos editais de privatização, de modo que *o governo brasileiro já tinha ciência de que nenhum propósito relevante poderia ser apresentado para que as incorporações disciplinadas por seus artigos 7º e 8º pudessem ser efetuadas, sendo o aproveitamento do ágio por si só suficiente e justificável*. Cita projeto de lei para revogação do inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532/97 e a abordagem do tema pelo Conselheiro Valmir Sandri no acórdão nº 1301-000.711, ressaltando que o tratamento fiscal da questão não ficou limitado à aquisição de empresas estatais, bem como que a CVM expressamente admitiu o uso de empresa veículo nas reestruturações societárias.

Frente a tal contexto, argumenta que *a decisão não contradiz os argumentos apresentados na impugnação acerca dos objetivos da Lei nº 9.532/97, observa não ter afirmado que competiria à CVM regular a apuração das bases de cálculo do IRPJ ou da CSLL, e discorda do aparente entendimento, contido na decisão, de que o procedimento contábil detalhado pela Nota Explicativa da CVM à Instrução nº 349/2001 somente seria aplicável às hipóteses em que, segundo as próprias autoridades fiscais, fosse possível o aproveitamento fiscal do ágio*.

Aduz que a única razão apresentada pela Fiscalização para a glosa foi a utilização de empresa veículo, observa que a CVM tratou expressamente dos benefícios fiscais obtidos em tais circunstâncias, e que, assim, *o próprio Poder Executivo, por meio de uma de suas autarquias, reconheceu registros como os questionados, independentemente da existência de motivação negocial*.

Confronta a decisão recorrida afirmando que a fruição do benefício fiscal *seria possível mesmo que a utilização do veículo não tivesse ocorrido*, pois bastaria que a investidora adquirisse diretamente a investida e a incorporasse (ou vice-versa). A escolha por um dos modelos *atende a critérios eminentemente societários e não acarreta qualquer prejuízo ao fisco, pois, como visto, o benefício fiscal poderia ser aproveitado caso um ou outro modelo fosse adotado*. Cita a declaração de voto integrada ao acórdão recorrido e invoca julgados deste Conselho favoráveis ao reconhecimento do benefício fiscal se ele é garantido por lei em razão de ágio efetivo, perquirindo-se sua origem e não a forma de seu aproveitamento (Acórdãos nº 1301-000.999, 1101-00.354, 1402-00.802, 1402-001.310, 1402-001.264 e 1201-00.689).

No presente caso o ágio *teve origem em operação realizada entre partes não relacionadas (SPE ANCAR e VENDEDORES) e mediante o efetivo pagamento aos vendedores de quantia superior ao PLC da RECORRENTE*, inexistindo também qualquer questionamento acerca do fundamento do ágio. Acrescenta que nos Acórdãos nº 1301-001.224 e 1101-00.708 este Conselho já admitiu o aproveitamento de ágio até mesmo em operações realizada entre partes relacionadas e com a utilização de empresa veículo.

Com referência à amortização do ágio decorrente de operações efetuadas em períodos anteriores, observa que demonstrou em impugnação o equívoco do único motivo apresentado pela Fiscalização para a glosa (inocorrência de processos de incorporação, fusão ou cisão). A decisão recorrida, porém, entendeu não ser este o único motivo, mas tal postura *não reflete as razões apresentadas pelo Termo de Constatação para a lavratura dos AUTOS*.

Processo nº 18470.727288/2011-53  
Acórdão n.º **1101-001.075**

**S1-C1T1**  
Fl. 13

---

Acrescenta que *durante o processo de fiscalização, as autoridades jamais questionaram ou mesmo solicitaram documentos relacionados à formação do ágio, inclusive no que se refere à comprovação de que ele teria decorrido de uma operação de aquisição entre partes independentes com pagamento do valor respectivo.*

Entende evidente a inovação, observa que nada foi dito na acusação acerca de ágio interno, e afirma a incompetência da autoridade julgadora para *agravar, modificar ou aperfeiçoar o lançamento*. Cita jurisprudência e pede o cancelamento integral da exigência.

## Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Inexiste, nos autos, demonstração do meio utilizado para ciência, à contribuinte, da decisão da contribuinte. Em consequência, a autoridade administrativa adotou como tal a data informada pela recorrente em sua defesa (14/06/2013, fl. 305). Por tais razões, o recurso voluntário interposto em 12/07/2013 deve ser considerado tempestivo.

A primeira infração apontada no lançamento corresponde a glosa de despesas de depreciação, com fundamento no art. 309 do RIR/99, que assim dispõe:

*Art. 309. A quota de depreciação registrável na escrituração como custo ou despesa operacional será determinada mediante a aplicação da taxa anual de depreciação sobre o custo de aquisição dos bens depreciáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 57, §1º).*

Os ativos da autuada foram majorados em razão da incorporação de SPE Ancar IC, em cujo patrimônio estava contabilizado *ágio pago na aquisição do investimento na São Marcos, no montante de R\$ 461.096.397,37*, o qual foi *atribuído aos ativos da São Marcos e da Curicica, igualmente vertidos para a São Marcos*. Em virtude desta operação, o saldo da conta “Terrenos” passou de R\$ 24.811.164,15 para R\$ 193.201.296,38, e o saldo da conta “Edificações e Construções” passou de R\$ 151.210.378,37 para R\$ 440.042.966,52. O aumento assim promovido na conta de “Edificações e Construções” ensejou depreciação indevida de R\$ 4.030.879,61, no ano-calendário 2008.

A Fiscalização relata que o contrato de compra e venda das quotas da autuada formalizado em 31/01/2008 teria como comprador original Ancar IC S/A, e nele estava prevista a possibilidade desta transferir os direitos e obrigações daí decorrentes a qualquer empresa do Grupo Ancar ou Ivanhoe Cambridge, em virtude da qual tais direitos e obrigações foram transferidos à SPE Ancar IC Subsidiária S/A, em 31/07/2008. Mais à frente, ao tratar da glosa de despesas de juros, informa que SPE Ancar IC Subsidiária S/A obteve empréstimo de R\$ 112.786.264,94 junto a Ivanhoe Brazil Capital II Inc, domiciliada no Canadá, utilizado integralmente para a compra das quotas antes referida.

Estas ocorrências evidenciam que o real adquirente da participação societária não foi a SPE Ancar IC Subsidiária S/A, pessoa jurídica que, como dito pela Fiscalização, foi criada em 10/03/2008 com a única finalidade de *constar como compradora* da autuada em 31/07/2008, sendo extinta por incorporação nesta mesma data. Todavia, a autoridade fiscal não aponta esta irregularidade para negar efeitos à incorporação e, por consequência, à dedução do ágio incorporado aos ativos depreciados. Os seguintes excertos do Termo de Constatação Fiscal evidenciam os motivos da glosa aqui procedida:

*2 – A fiscalização esclarece que a empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A, foi criada em 10 de março de 2008 (doc. 3), e a única finalidade da criação da citada empresa, foi constar como compradora em 31 de julho de 2008, da empresa sob fiscalização São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, cabendo ressaltar que no mesmo dia (31/07/2008) em que a empresa São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda foi adquirida pela empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A a*

*empresa São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, incorporou a empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A, ou seja, a controlada incorporou a controladora, e em virtude da incorporação a empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A foi extinta.*

[...]

*4 – A fiscalização ressalta que quando a SPE Ancar IC Subsidiária S/A adquiriu a empresa São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, através da compra efetuada em 31/07/2008, vide aditivo no doc. 2, ocorreu um ágio no valor de R\$ 461.096.397,37, vide ficha 36 A – Ativo da DIPJ do Ano-Calendário 2008 da empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A no doc. 5, e que abaixo transcrevo:*

[...]

*5 – A fiscalização ressalta que a criação em 10/03/2008 da empresa SPE Ancar IC Subsidiária (doc. 3) e sua posterior extinção por incorporação em 31/07/2008 pela sua controlada São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, empresa sob fiscalização, (doc. 4), revela inexistência de fundamento econômico, pois carece de propósito negocial a criação de sociedade para posterior extinção, restando maculado o ágio havido na aquisição de participação societária, ocorrido antes da incorporação, portanto, o ágio ocorrido no valor de R\$ 461.096.397,37, não pode acarretar nenhum benefício fiscal na incorporadora São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

[...]

*7 – Tendo em vista que ágio ocorrido quando de compra em 31/07/2008, da empresa São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda pela empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A foi de R\$ 461.096.397,37 [...], vide item 5 acima, quando ocorreu a incorporação às avessas em 31/07/2008, quando a empresa controlada São Marcos incorporou a empresa controladora SPE Ancar IC subsidiária S/A, a empresa incorporadora São Marcos Empreendimentos Imobiliários alocou o ágio de si própria que tinha o valor de R\$ 461.096.397,37 nos seus ativos terrenos e edificações, sendo que tal fato encontra-se mencionado no Protocolo de Incorporação, vide item 6 acima.*

[...]

*Conclusão – A fiscalização ressalta que a empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A foi criada em 20 de março de 2008 (vide doc. 3), e foi extinta por incorporação em 31/07/2008, e teve como única finalidade constar como adquirente de empresa sob fiscalização São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda, vide item 2 acima, a criação e posterior extinção da empresa SPE Ancar IC Subsidiária S/A, revela inexistência de fundamento econômico, pois carece de propósito negocial a criação de sociedade para posterior extinção, restando maculado o ágio havido na aquisição de participação societária, ocorrida antes da incorporação, vide item 5 acima.*

*Temos que considerar que no presente caso ocorreu uma incorporação às avessas, em que a empresa controlada (sob fiscalização) São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda incorporou a controladora SPE Ancar IC Subsidiária S/A, é necessário atentar que os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico. Na operação de incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a empresa controladora imediatamente após esta ter adquirido suas quotas de capital, não se justifica a contabilização, por parte do*

*incorporador, de ágio de si próprio em acréscimos do imobilizado, gerando com isso despesas indevidas de depreciação.*

Como se vê, os motivos para a glosa são, basicamente: 1) o fato de SPE Ancar IC Subsidiária S/A ter sido constituída em 10/03/2008 e extinta em 31/07/2008, intervalo no qual prestou-se apenas à aquisição de participação societária na atuada com ágio, e 2) a incorporação às avessas da controladora (SPE Ancar IC Subsidiária S/A) pela controlada (atuada), ensejando a contabilização nesta de ágio de si próprio. Em seu entender, o primeiro aspecto *revela inexistência de fundamento econômico, pois carece de propósito negocial a criação de sociedade para posterior extinção, restando maculado o ágio*, e o segundo aspecto *prejudicaria os pressupostos do ágio, que são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico.*

A autoridade fiscal em momento algum reporta-se às disposições do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), acerca do tratamento do ágio decorrente de aquisição de participações societárias:

#### *Desdobramento do Custo de Aquisição*

*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).*

#### *Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

*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 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).*

O art. 386 do RIR/99, por sua vez, admite a redução do lucro tributário em razão de ágio, nos casos em que a pessoa jurídica incorpore outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio, desde que ele tenha fundamento em rentabilidade futura ou esteja vinculado a ativo imobilizado sujeito a depreciação. O §6º do referido dispositivo, em seu inciso II, expressamente estende esta possibilidade aos casos em que *a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.*

Resta patente, nestes termos, que a segunda irregularidade apontada pela Fiscalização, classificada como “incorporação às avessas” e associada ao aproveitamento de “ágio de si próprio”, é expressamente admitida por lei. Sempre que a *empresa incorporada for aquela que detinha a propriedade da participação societária*, a incorporadora será, necessariamente, a investida, e em consequência subsistirá no ativo desta o ágio pago em razão de sua rentabilidade futura ou da mais-valia de seus ativos.

Quanto aos demais requisitos legais, como visto, a autoridade fiscal não questionou o fundamento econômico do ágio. Sua argumentação parece pretender desconstituir a própria aquisição de participação societária, na medida em que a adquirente era pessoa jurídica que existiu por pouco mais de quatro meses, prestando-se apenas à aquisição de participação societária na autuada com ágio, e posterior incorporação. Todavia, a lei tributária não estabelece, e nem poderia, exigir que o adquirente da participação existisse por mais tempo ou se destinasse a outras atividades, pois assim estaria interferindo na liberdade de contratação. Em verdade, a existência efêmera do adquirente e sua finalidade específica são indícios de que a adquirente seria outra pessoa, física ou jurídica.

A autoridade julgadora de 1ª instância identificou, nos autos, os efeitos das operações assim realizadas, rejeitando os argumentos opostos pela impugnante contra a ausência de propósito comercial com a seguinte conclusão:

*36. No caso sob análise, a Ancar assumiu o compromisso de comprar todas as quotas da São Marcos, havendo a possibilidade de a obrigação ser adimplida por outra empresa do seu próprio grupo ou do grupo Ivanhoé Cambrige. No fechamento, atendidas todas as condições previstas no contrato, a Ancar ou outra empresa de um aqueles grupos, tornar-se-ia proprietária de 100% das quotas da São Marcos, bastando, para tanto, que o preço fosse pago.*

*37. Contudo, em vez de simplesmente pagar o preço, a Ancar optou por tornar-se quotista da São Marcos seguindo caminho diverso: após a assinatura do contrato de compra e venda da São Marcos, ocorrida em 31/01/2008 (fl. 34), foi criada, em 10/03/2008 (fl. 268), a empresa SPE Ancar, que, em 31/07/2008, substituiu a Ancar na compra da São Marcos, por meio do aditivo de fls. 84/97. Na mesma data, a São Marcos incorporou a SPE Ancar (Protocolo de fls. 99/105), de modo que os*

*acionistas desta - que eram a própria Ancar e a SPE Ancar Shopping Centers S.A. (fls. 271/272) - tornaram-se quotistas daquela. Entretanto, bastaria que Ancar e SPE Ancar Shopping comprassem a São Marcos para que as primeiras se tornassem quotistas da última.*

*38. Tendo em vista o objetivo negocial (a compra da São Marcos pela Ancar e SPE Ancar Shopping) cabe perguntar: Com que finalidade a SPE Ancar foi criada e recebeu o direito de compra da São Marcos se a aquisição podia ser feita diretamente pela Ancar e a SPE Ancar Shopping? Porque, na verdade, essas operações não se prestaram a alcançar o objetivo negocial. Em vez disso, serviram apenas para que a São Marcos pudesse economizar tributos, depreciando os bens que deram origem ao ágio.*

*39. Assim, se constata que o ágio pago pela Ancar chegou ao patrimônio da São Marcos por meio de operações realizadas com abuso do direito de auto-organização, em que institutos jurídicos (constituição de empresa, compra e venda) foram utilizados para alcançar finalidade diversa daquela para a qual foram criados. Dessa forma, a falta de propósito negocial caracterizou o abuso de direito, e este, por ser ato ilícito, tornou indedutível a despesa com depreciação. Correta, portanto, a glosa em questão, salvo se algum outro argumento do interessado recomendar o seu afastamento.*

A Fiscalização, porém, nada argumentou neste sentido, impedindo que nesta fase processual sejam invocadas as evidências contidas no contrato original de compra e venda de participação societária, no qual figurava como comprador original Ancar IC S/A, e estava autorizada a transferência dos direitos e obrigações decorrentes a qualquer empresa do Grupo Ancar ou Ivanhoe Cambridge, ou mesmo reforçar a acusação fiscal com a constatação, no âmbito da outra glosa promovida nestes autos, de que SPE Ancar IC Subsidiária S/A obteve empréstimo junto a Ivanhoe Brazil Capital II Inc, domiciliada no Canadá, para a compra da participação societária antes referida.

Por tais razões, não é possível, aqui, rebater as alegações da recorrente no sentido de que as operações, por ela realizadas, são semelhantes às realizadas nas privatizações de estatais, e de que a Comissão de Valores Mobiliários expressamente admitiu o uso de empresa veículo nas reestruturações societárias.

Esta Relatora já se manifestou contrariamente à dedução fiscal do ágio em casos semelhantes, mas nos quais a autoridade fiscal centrou a acusação na utilização de empresa veículo e na conseqüente duplicação do investimento, e do ágio nele incluído, que se verifica na adquirente efetiva do investimento e na investida, após a incorporação da empresa veículo:

*TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. (Acórdão nº 1101-00.899, sessão de 11/06/2013)*

*TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO PARA EMPRESA VEÍCULO SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se*

*verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. (Acórdão nº 1101-00.936, sessão de 10/09/2013)*

*TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL. Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. (Acórdão nº 1101-00.942, sessão de 11/09/2013).*

Aqui, porém, a acusação fiscal está incompleta, pois embora vislumbre maculado o ágio por inexistência de fundamento econômico, pois carece de propósito negocial a criação de sociedade para posterior extinção, não confronta esta situação fática com a norma legal de modo a demonstrar qual requisito para dedução fiscal do ágio (quer como amortização, ou como depreciação) deixou de ser atendido.

Assim, como diz a recorrente, a única razão subsistente, apresentada pela Fiscalização para a glosa, foi a utilização de empresa veículo, mas esta ocorrência, sem a demonstração de seus efeitos, é insuficiente para motivação da glosa. Em tais condições, rebater os argumentos da recorrente com base em elementos que não integram a acusação Fiscal representaria clara inovação do lançamento, vedada nesta fase processual.

Isto porque a motivação é elemento essencial na constituição do crédito tributário, e sua deficiência pode ser interpretada como vício material, por ausência de adequada descrição dos fatos (art. 10, inciso III do Decreto nº 70.235/72), ou por falha na verificação da ocorrência do fato gerador e na determinação da matéria tributável (art. 142 do CTN). Em tais condições, é possível declarar a nulidade do lançamento por vício material ou mesmo a sua improcedência por deficiências de mérito. O fato, porém, é que em ambos os casos, depois da lavratura do auto de infração, não é mais possível a sua complementação, porque ausente uma das hipóteses previstas no art. 41, §1º, incisos I e II do Decreto nº 7.574/2001 (norma de natureza procedimental e assim de aplicação retroativa), ou mesmo a sua nova constituição na forma do art. 173, inciso II do CTN, por não se tratar de mero vício formal, e sim vício material, insuscetível de retificação mediante nova formalização do lançamento, porque dependente do acréscimo de aspectos fáticos e jurídicos ausentes na formalização original.

Impõe-se, assim, a conclusão de que a acusação fiscal não reúne argumentação suficiente para justificar a glosa das depreciações decorrentes do ágio incorporado ao seu ativo imobilizado, devendo ser cancelado, por vício material, o lançamento referente a esta parcela.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à primeira infração apontada no lançamento.

A segunda infração decorre da glosa de despesas de juros, e foi afastada no julgamento de 1ª instância, com base nos seguintes argumentos:

*G. Glosa de despesa com juros*

43. A fiscalização argumenta que uma empresa não tem necessidade de adquirir suas próprias quotas, logo é igualmente desnecessário contrair empréstimo para realizar a aquisição, e, conseqüentemente, desnecessária é a despesa com os respectivos juros. Acrescenta que a despesa glosada não está associada a qualquer receita do Interessado, o que reforça sua desnecessidade.

44. Contudo, não se pode afirmar que o Interessado tenha contraído um empréstimo para adquirir suas próprias quotas. Em vez disso, está provado nos autos que a mutuária foi a SPE Ancar, para a qual o empréstimo era necessário, uma vez que não dispunha de capital suficiente para realizar a operação (Vide balanço patrimonial de fls. 108/109). Além disso, o fato de a despesa não ter gerado receita, não a torna indedutível. Isso pode ser constatado considerando-se a situação em que uma empresa toma um empréstimo para adquirir certa participação societária, com a finalidade de receber dividendos, mas não os recebe porque a investida passa a ter prejuízos.

45. Entendo que a despesa com juros é indedutível porque foi transferida da SPE para o Interessado através de atos ilícitos, uma vez que praticados com abuso do direito de auto-organização, porém esta razão não foi invocada pelo autuante. Assim, como os motivos apresentados pela fiscalização não justificam adequadamente a glosa, esta deve ser afastada.

Não há reparos à decisão recorrida. Também aqui, como demonstrado, a acusação fiscal não reuniu motivação suficiente para justificar a glosa de despesas de juros.

Assim, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício.

A terceira infração decorre da glosa de amortização de ágio apropriada indevidamente no ano-calendário 2008, no valor de R\$ 3.885.845,94, por ofensa ao disposto no art. 386, inciso III do RIR/99.

A autoridade fiscal intimou a contribuinte a fornecer a documentação, bem como os cálculos efetuados, que ampararam a apropriação como despesa na Ficha 06 A, no item 43 "Amortização do ágio nas Aquisições de Investimentos Avaliados pelo PL", do valor de R\$ 3.885.845,94. A contribuinte apresentou documento referente ao cálculo do ágio, afirmando sua fundamentação em rentabilidade futura, e, observando que o laudo era datado de 30/11/2000, a autoridade fiscal lavrou nova intimação, aduzindo que o laudo técnico fornecido não tem nenhuma relação com o ágio que pode ser amortizado, conforme dispõe o inciso III do artigo 386 do RIR/99 (fl. 143), e exigindo a apresentação de documentação que o ampare. A contribuinte respondeu que não localizou documentos adicionais e que entendia que os documentos apresentados são suficientes para demonstrar a composição deste valor, que se baseia na expectativa de rentabilidade futura.

A documentação apresentada corresponde a planilha de cálculo no qual os shoppings de propriedade da autuada são avaliados pelo fluxo de caixa descontado e comparados com seu valor imobilizado, resultando na diferença de R\$ 24.735.793,00 a título de expectativa de rentabilidade futura, distribuída entre as unidades e rateada à razão de 1/60 avos, de modo a totalizar a dedução mensal de 412.263,27. O laudo que a acompanha, elaborado por Planenge - Planejamento e Engenharia de Avaliações S/C Ltda, tendo como data de referência novembro/2000, traz em seu preâmbulo a informação de que a própria autuada seria a solicitante da avaliação de seu valor de mercado.

A autoridade fiscal, assim, validamente concluiu que a documentação era insuficiente, visto que para que possam ocorrer amortizações do ágio, a pessoa jurídica tem que absorver o patrimônio de outra, em virtude incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, e a contribuinte não comprovou que no ano de 2000, data da elaboração do laudo apresentado, tenha ocorrido qualquer operação de fusão, cisão ou incorporação.

Impugnando a exigência, a contribuinte apresentou documentação insuficiente para sustentar a dedução, como claramente exposto na decisão recorrida:

### ***H Glosa de despesa com amortização de ágio***

#### ***H.1 Delimitação do litígio***

46. O Interessado alega que o único motivo para a glosa foi a inoccorrência de processos de incorporação, fusão ou cisão. Contudo, a motivação não foi apenas essa.

47. Intimado a informar a base legal e a apresentar os cálculos e documentos que ampararam a dedução de R\$3.885.845,94 a título de "Amortização do Ágio nas Aquisições de Investimentos avaliados pelo PL" (Intimações de fls. 110/111 e 123), o Interessado apontou o art. 7º, III, da Lei 9.532/97 e apresentou dois documentos:

a) O Laudo da Avaliação Patrimonial de fls. 126/142, cujo objetivo era determinar o valor de mercado do Interessado em de 30/11/2000, e no qual se apura uma "Expectativa de rentabilidade de lucros futuros (shoppings)" de R\$24.735.793,00 (fl.140);

b) A planilha da fl. 125, em que se calcula quanto da expectativa total competia a cada shopping, bem como o valor da amortização mensal.

48. Tais documentos não justificam a amortização efetuada, pois nem sequer esclarecem como a despesa de R\$3.885.845,94 foi apurada a partir do valor da expectativa de rentabilidade futura.

49. Considerando a base legal indicada e a intimação para fornecer os respectivos cálculos e documentos, o Interessado deveria ter (1º) demonstrado como apurou o valor de R\$3.885.845,94; e (2º) apresentado documentação suficiente para comprovar os fatos constitutivos do seu direito à dedução. Entretanto, como vimos, não logrou desincumbir-se de quaisquer desses ônus, o que motivou, de fato, a glosa da despesa. Ressalte-se ainda que o autuante, ao registrar os motivos do lançamento (fl. 156), destaca que a ocorrência de uma operação de fusão, cisão ou incorporação é apenas condição necessária, ou seja, a comprovação de um daqueles eventos não é condição suficiente para que o Interessado possa apropriar como despesa a amortização do ágio.

#### ***H.2 Insuficiência da documentação apresentada***

50. Feitas as devidas ressalvas quanto aos motivos para a glosa da amortização, passamos examinar os novos documentos apresentados pelo Interessado, com o propósito de verificar se foi comprovado o direito à dedução dos R\$3.885.845,94. Os documentos são os seguintes:

I. (Fl. 238) - "Balanço Patrimonial em 28 de fevereiro de 2004" da GPK Participações S/A.;

II. (Fls. 239/240) - "Ata da assembléia geral extraordinária [da GPK] realizada em 19 de fevereiro de 2004".

III. (Fls. 241/245) - "Protocolo de incorporação do patrimônio da GPK Participações S.A. pela São Marcos Empreendimentos Imobiliários Ltda. e sua justificação";

IV. (Fls. 246/247) - "Laudo de avaliação da GPK Participações S.A.".

V. (Fls. 248/257) - "34ª alteração contratual da São Marcos Empreendimento Imobiliários Ltda.";

VI. (Fls. 258) - Conta "Ágio - Expectativa rentabilidade futura" do Livro Razão do Interessado, referente ao período de 01/02/2004 a 28/02/???? (não consta o ano da data final);

VII. (Fls. 259/262) - Balancete do Interessado, sem o período de referência.

51. A documentação acrescentada ao processo é insuficiente para que se verifique se o Interessado faz jus à dedução de R\$3.885.845,94 porque diz respeito apenas à incorporação da GPK pela São Marcos. Para decidir se o valor em questão é dedutível, é necessário examinar também a documentação referente à formação do ágio, ou seja, os documentos que registram a aquisição da São Marcos por valor superior ao de seu patrimônio líquido. É necessário averiguar, por exemplo, se a São Marcos e seu adquirente eram partes independentes ou se estavam sob controle comum. Neste último caso, temos o chamado ágio interno, cujas amortizações são indedutíveis.

52. Com os documentos apresentados pelo Interessado, não se sabe: (1) quem adquiriu a São Marcos, pagando o ágio cuja amortização foi glosada; (2) qual foi o custo de aquisição, que não se confunde necessariamente com o valor pericial; (3) a data em que a operação ocorreu; e (4) se a São Marcos e seu adquirente estavam sob controle comum. Como a relevância desse último item não é evidente, explicaremos, na próxima seção, por que a dedutibilidade das amortizações tem como requisito a independência entre as partes.

### H3 Ágio interno

[...]

### H4 Conclusão

62. Com a documentação apresentada, o Interessado não logrou comprovar seu direito à dedutibilidade das amortizações, logo as respectivas glosas devem ser mantidas.

Como dito pelo fiscal autuante, para que possam ocorrer amortizações do ágio, a pessoa jurídica tem que absorver o patrimônio de outra, em virtude incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio. Assim, cumpria à contribuinte demonstrar a ocorrência de operação de fusão, cisão ou incorporação, mas isto, logicamente, envolvendo pessoa jurídica que detenha participação societária adquirida com ágio.

Logo, não se verificou qualquer inovação na decisão recorrida. Ao deixar de apresentar à Fiscalização a prova das operações que poderiam atribuir algum efeito fiscal ao laudo de rentabilidade futura antes referido, a contribuinte sujeitou-se à verificação, no curso do contencioso administrativo, dos requisitos de dedutibilidade fixados na legislação tributária para a dedução pretendida.

Imprópria a afirmação, da recorrente, de que durante o processo de fiscalização, as autoridades jamais questionaram ou mesmo solicitaram documentos relacionados à formação do ágio, inclusive no que se refere à comprovação de que ele teria

*decorrido de uma operação de aquisição entre partes independentes com pagamento do valor respectivo. A Fiscalização expressamente observou, na intimação de fl. 143, que o laudo técnico fornecido não tem nenhuma relação com o ágio que pode ser amortizado, conforme dispõe o inciso III do artigo 386 do RIR/99 (fl. 143), e exigiu a documentação correspondente, qual seja, a que demonstra o atendimento dos requisitos expressos no art. 386, inciso III do RIR/99.*

Na medida em que a rentabilidade futura foi aferida em novembro/2000, necessariamente a aquisição deveria ter sido realizada àquela época, para que o valor pago pela investida pudesse gerar um ágio com aquele fundamento. Contudo, não bastasse o laudo ter sido requerido pela própria atuada, e não por sua eventual adquirente, nenhum dos documentos apresentados na impugnação, acima relatados, faz referência a tal operação. Os registros somente indicam que a atuada teria incorporado GPK Participações S/A em 2004, mas nada evidenciam acerca de eventual ágio pago por esta, no ano-calendário 2000, para aquisição de participação societária na atuada, nem provam a sua manutenção no patrimônio da investidora até o momento da referida incorporação. Em consequência, também não é possível aferir se houve efetiva negociação entre as partes àquela época, ou se elas seriam partes independentes.

A recorrente não junta qualquer outro esclarecimento em sua defesa, e limita-se a alegar a existência de inovações na decisão recorrida, irregularidade que, como visto, não se verificou.

Por tais motivos, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à terceira infração indicada no lançamento.

Diante de todo o exposto, deve ser dado PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário e NEGADO PROVIMENTO ao recurso de ofício.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora