



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

Processo nº 18470.731968/2012-52
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.612 – 1ª Turma
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente PIMACO AUTOADESIVOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999 (que tem como base os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997), requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se a investidora real transferiu recursos a uma "empresa-veículo" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outra empresa e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve a pessoa jurídica que efetivamente desembolsou os valores que propiciaram o surgimento do ágio, ainda que a operação que o originou tenha sido celebrada entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razões que ensejem tratamento diverso, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Gerson Macedo Guerra e José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), que lhe deram provimento.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo – Relator e Presidente em Exercício.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio Franco Corrêa, Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner, Luis Flávio Neto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em que se alega divergência de interpretação da legislação tributária quanto às seguintes matérias:

- 1- A ocorrência do "abuso de direito" não legitima a constituição de crédito tributário, porque inexistente norma jurídica que preveja a consequência que se quer impor;
- 2- É possível a amortização de ágio, ainda que considerando a operação de incorporação reversa; e
- 3- A utilização de empresa veículo na reorganização societária é fato insuficiente para descaracterizar a operação que envolveu a amortização do ágio.

No exame de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso apenas em relação às matérias constantes dos itens "1" e "3" acima indicados. Houve negativa de seguimento em relação à matéria tratada no item "2", conforme o despacho exarado em 21/06/2016 pelo Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

Na sequência, a contribuinte apresentou agravo contra o exame de admissibilidade, e esse agravo foi rejeitado pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que confirmou a negativa de seguimento para a matéria do item "2", em caráter definitivo, conforme o despacho exarado em 02/08/2017 pela referida autoridade.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1402-002.125, de 02/03/2016, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiu negar provimento ao recurso voluntário anteriormente apresentado.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONTRIBUINTE QUE ALEGA NÃO ENTENDER A MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Afasta-se a alegação de nulidade quando os motivos do lançamento estão claramente expostos no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

LUCRO REAL. PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. DATA DO FATO GERADOR.

Quando o contribuinte sujeito à apuração pelo lucro real opta pelo pagamento por estimativa, o fato gerador do IRPJ ocorre no último dia do ano-calendário.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. DESVIO DE FINALIDADE.

A falta de propósito negocial demonstra o desvio de finalidade, e este, o abuso do direito de auto-organização, que é ato ilícito, logo torna indedutível a despesa com amortização do ágio.

IRPJ/CSLL. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ETAPA DE REESTRUTURAÇÃO INTERMEDIÁRIA. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ANTECIPAÇÃO DE EXCLUSÕES DO LUCRO REAL E BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a antecipação de exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. A operação mediante incorporação intermediária, intragrupo, com o propósito eminentemente fiscal, deve ser desconsiderada para fins tributários.

Multa isolada por falta de recolhimento de estimativas. Multa de ofício pela falta ou insuficiência de tributo. Materialidades distintas. Nova redação dada pela MP 351/2007. Aplicável à falta de recolhimento das estimativas a partir da competência de dezembro de 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correção à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

LUCRO REAL. PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. DATA DO FATO GERADOR.

Quando o contribuinte sujeito à apuração pelo lucro real opta pelo pagamento por estimativa, o fato gerador da CSLL ocorre no último dia do ano-calendário.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO. FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. DESVIO DE FINALIDADE.

A falta de propósito negocial demonstra o desvio de finalidade, e este, o abuso do direito de auto-organização, que é ato ilícito, logo torna indedutível a despesa com amortização do ágio.

IRPJ/CSLL. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ETAPA DE REESTRUTURAÇÃO INTERMEDIÁRIA. UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ANTECIPAÇÃO DE EXCLUSÕES DO LUCRO REAL E BASE DE CÁLCULO DA CSLL. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a antecipação de exclusões do lucro real e da base de cálculo da CSLL. A operação mediante incorporação intermediária, intragrupo, com o propósito eminentemente fiscal, deve ser desconsiderada para fins tributários.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Frederico Augusto Gomes de Alencar e Demetrius Nichele Macei, que votaram por dar provimento parcial ao recurso para cancelar a multa isolada.

No recurso especial, a contribuinte afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, relativamente às matérias acima mencionadas.

Quanto às matérias admitidas do recurso, a contribuinte desenvolve os argumentos apresentados a seguir:

DO DIREITO

DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS - DA LEGALIDADE DA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA REALIZADA

- antes de se enveredar pela exposição das razões de Direito que ensejam a reforma da decisão recorrida com a correspondente anulação do Auto de Infração ou o reconhecimento de sua improcedência, cumpre tecer esclarecimentos relevantes sobre a operação realizada pela Recorrente, para que melhor se compreenda o caso dos autos;

- conforme exposto no Termo de Verificação anexo ao Auto de Infração, em setembro de 2006 a empresa BFL Participações e Empreendimentos S.A. ("BFL") adquiriu a totalidade das quotas emitidas pela Recorrente, tornando-se sua controladora;

- na ocasião, a BFL e esta Recorrente não mantinham qualquer tipo de vinculação econômica ou jurídica, de modo que a operação de aquisição foi firmada entre partes totalmente independentes e, para fazer frente à participação societária adquirida, a BFL desembolsou R\$ 96.000.000,00 (noventa e seis milhões de reais), conforme se comprovou através da juntada do respectivo Instrumento Particular de Compra e Venda e Outras Avenças (Doc. 03 da Impugnação);

- referido preço foi devido e efetivamente pago pela Compradora aos Vendedores (então sócios da Recorrente), tal qual atestado pelos comprovantes de pagamento acostados à peça de Impugnação, portanto já integrantes dos presentes autos (Doc. 04 da impugnação);

- o montante do preço pago pela BFL fora composto pelo valor da participação acionária adquirida (patrimônio líquido da Recorrente), adicionado de ágio estipulado pelos Vendedores, o qual encontrou justificativa na fundada expectativa de rentabilidade futura, atestada por meio de laudo de avaliação econômica (Doc. 05 da impugnação);

- uma vez concluída a aquisição da participação societária, a Recorrente veio a incorporar a BFL (Doc. 06 da impugnação), com fundamento em razões estratégicas e econômicas, quais fossem: (i) conferir maior capacidade financeira e patrimonial à incorporadora; (ii) racionalizar e simplificar sua estrutura societária e, consequentemente, consolidar e reduzir gastos e despesas operacionais combinadas; (iii) permitir a união de recursos empresariais e dos patrimônios envolvidos, possibilitando uma melhor utilização de recursos operacionais e beneficiando as atividades sociais desempenhadas; e (iv) simplificar a gestão para viabilizar a expansão dos negócios sociais combinados;

- destaque-se que na autuação ora combatida, não há qualquer questionamento quanto ao preço pago pela BFL para a aquisição das quotas representativas do capital social da ora Recorrente; quanto ao valor do ágio ou de seu fundamento econômico; tampouco quanto à documentação comprobatória do ágio, a qual foi integralmente apresentada ao Sr. Auditor Fiscal no curso da fiscalização;

- neste ponto, é importante esclarecer que a Recorrente foi intimada em 14/02/2012 a entregar todos os documentos relativos à operação, o que foi cumprido integralmente em 30/03/2012;

- vistos estes fatos, observe-se que a incorporação é uma modalidade de reorganização societária prevista - portanto autorizada - pela Lei nº 6.404/1976, a qual, em seu artigo 227, dispõe que a sociedade incorporadora sucede a sociedade incorporada em todos os direitos e obrigações, o que de fato ocorreu;

- ainda, a legislação societária autoriza tanto a incorporação da sociedade controlada pela sua sociedade controladora, quanto a incorporação da sociedade controladora pela sociedade controlada. É o que prevê o § 4º do artigo 264 da Lei nº. 6.404/1976, *in verbis*: [...];

- nestes termos, é inquestionável que tanto a compra de participação societária pela BFL, quanto a incorporação posteriormente realizada foram realizadas em absoluta consonância com a legislação societária e tributárias vigentes à época da conclusão da operação;

- como não haveria de ser diferente, o próprio Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela Autuação reconheceu a legalidade das referidas operações, conforme será demonstrado a seguir, o que torna tal fato incontroverso nos presentes autos;

DAS NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO

- muito embora tenha a decisão ora recorrida se recusado a reconhecer as nulidades do Auto de Infração, por apresentar-se carente de fundamentos válidos, incorreu nos mesmos vícios que macularam a autuação, em sua origem;

- no caso em exame, o Auto de Infração não foi instruído com as provas necessárias à verificação da ocorrência do suposto ilícito tributário justificador da exigência do suposto crédito tributário e da multa isolada;

- o Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil houve por bem basear suas conclusões nitidamente pessoais na suposição e presunções de ocorrência de um ato ilícito;

- isso porque, ao analisar todos os documentos apresentados pela Recorrente, quando da resposta ao Termo de Início de Fiscalização, o Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil concluiu, expressamente, que a operação tratada nos autos foi realizada no estrito cumprimento da legislação societária, inclusive das disposições das Instruções CVM nº 319/1999 e nº 349/01, que tratam do ágio;

- em momento algum o Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil apresentou qualquer fato ou documento que ensejasse violação à lei societária e/ou tributária;

- não obstante, concluiu, equivocadamente, pela ocorrência de suposto ilícito tributário que ensejaria a exigência dos supostos créditos tributários a título de IRPJ e CSLL, acrescidos de juros, multa e multa isolada;

- a construção da conclusão fiscal se deveu ao entendimento pessoal do Sr. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil de que a finalidade da incorporação da BFL pela Recorrente teria sido distorcida para disfarçar a criação de uma suposta empresa veículo para viabilizar o aproveitamento do ágio, o que sugeriria a caracterização de suposto "abuso de Direito";

- em resumo, as conclusões da fiscalização não decorrem logicamente do conjunto probatório constante dos autos, muito menos estão respaldadas em norma de direito tributário cujo descumprimento permita imputar tais infrações;

- é exatamente por isto que, embora a insuficiência de provas para embasar a conclusão fiscal e a comprovação da licitude da operação já seja suficiente para a decretação da insubsistência do lançamento, há que se ressaltar, adicionalmente, que o Auto de Infração não descreve de forma clara e precisa quais seriam as infrações supostamente cometidas pela Recorrente a ensejar a não dedutibilidade do ágio e a aplicação das correlatas multas (de ofício e multa isolada);

- sem a descrição clara e precisa da conduta infracional não há como ocorrer a operação lógica da subsunção, a qual também é prejudicada, no caso dos autos, pela ausência de norma jurídica que contenha, em seu antecedente, a conduta tida por praticada pela Recorrente e, em seu consequente, a autorização para a glosa da amortização do ágio;

- pelo contrário, o que há é norma que autorizava à época a dedução daquele montante, Lei nº 9.532/1997, confira-se: [...];

- em outras palavras, a ausência de descrição clara e precisa da conduta infracional com a correlata indicação da base legal infringida, torna nula a autuação, por

ausência de motivação do ato administrativo de lançamento, ademais, obviamente, de se caracterizar como violação ao princípio da estrita legalidade tributária;

- a suposição da fiscalização sobre a ocorrência de "abuso de Direito" não legitima a constituição do suposto crédito tributário, pois inexistente norma jurídica que preveja a consequência que se quer impor. Neste exato sentido entendeu a C. 1ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária, quando do julgamento do Recurso Voluntário, em Acórdão nº 1101-00.708 (Doc. 07), proferido nos autos do Processo nº 10680.724392/2010-28, em Sessão de 11/04/2012. Confira-se a transcrição dos seguintes trechos: [...];

- observe-se que, nem no Auto de Infração, nem mesmo na decisão recorrida, indicam as autoridades, precisamente, qual seria a norma tributária supostamente infringida pela Recorrente, atendo-se a elaborar raciocínio que não encontra respaldo nas provas trazidas aos autos, as quais, repita-se à exaustão, corroboram com a legalidade e licitude da operação de incorporação realizada pela Recorrente, o que foi reconhecido pelo próprio Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil;

- diante do exposto, restando suficientemente demonstrada a inarredável necessidade de motivação do ato-fato de lançamento, consistente na indicação precisa da conduta tida por praticada e da norma jurídica que lhe atribui natureza infracional e prevê a correspondente sanção; e tendo sido demonstrado que, no caso dos autos, estas condições não foram atendidas; conclui-se ser carente de motivação o Auto de Infração, devendo ser de pronto anulado;

DA DECADÊNCIA

- nos casos em que estejamos diante de um fato gerador necessário da obrigação principal, tal qual é a escrituração fiscal do ágio, o prazo decadencial deverá ser contado a partir da ocorrência da atividade que corresponde ao fato gerador necessário, ainda que o fato gerador suficiente somente ocorra em momento posterior;

- logo, findo tal prazo sem que haja manifestação expressa da autoridade fiscal a respeito da prática do ato, considera-se tacitamente homologado o lançamento que, em seu bojo, consignou a ocorrência do fato gerador necessário anterior, de modo que nada pode reclamar o Fisco, estando extinto o crédito tributário nos exatos termos do supracitado art. 156, V, do CTN;

- quer-se dizer, portanto, que o fato gerador que é discutido nos presentes autos e ao qual se deve aplicar o prazo do parágrafo 4º, do artigo 150, a bem da precisão jurídica, é o fato gerador do ágio, isto é, a incorporação da BFL pela Recorrente, enquanto fato gerador necessário da obrigação principal, pois integra o feixe de normas que compõe a hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL;

- neste sentido, observe-se o que dispõe o artigo 114, do CTN: [...];

- o ponto nodal da discussão ora empreendida é a definição do fato gerador, ou seja, da ocorrência da situação fática, definida em lei, necessária e suficiente para a obrigação principal;

- no caso do IRPJ e da CSLL, é evidente que a apuração do quantum devido (ocorrência do fato gerador suficiente - renda) depende, entre outros, da verificação da causa

jurídica geradora da dedutibilidade de despesas - que, neste caso, é o evento societário de incorporação, que autoriza a amortização do ágio;

- nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1977, a pessoa jurídica que (i) absorver patrimônio de outra pessoa jurídica em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, e (ii) cujo fundamento econômico seja a perspectiva de rentabilidade futura da investida, tem direito à amortização - que é exatamente o caso dos presentes autos;

- é importante distinguir, neste ponto, o momento do reconhecimento do direito à amortização do ágio, do momento de sua utilização - que é ato futuro e depende da apuração anual do contribuinte;

- o *dies a quo* para a contagem da fluência do prazo decadencial sobre o fato gerador necessário (reconhecimento do ágio) é a data da ocorrência da situação fática prevista em lei, autorizadora da amortização do ágio contabilizado;

- em outras palavras, a condição fática suficiente da norma jurídica da dedutibilidade, prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, é a ocorrência da incorporação da pessoa jurídica na qual detinha participação societária adquirida com ágio fundamentado em rentabilidade futura;

- a partir desta data, portanto, o Fisco tem o prazo de 5 (cinco) anos para homologar ou retificar a atividade de constituição do ágio empreendida pela Contribuinte;

- no caso em tela, verifica-se que o fato gerador da dedutibilidade ocorreu em 31/03/2007, data-base da incorporação, informada no Protocolo e Justificação de Incorporação do Acervo Líquido da BFL Participações e Empreendimentos S. A. (Doc. 06 da impugnação);

- considerando que a Recorrente foi cientificada da lavratura do Auto de Infração em 12/11/2012, resta evidente que os supostos créditos tributários e correlatas multas estão extintos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, e artigo 156, V, do CTN;

- observe-se que, ao contrário do que sugere a r. decisão recorrida, não houve equívoco por parte da Recorrente quando aventou tais argumentos em sua peça de defesa;

- em verdade, o equívoco é do I. Julgador Tributário Relator, e consequentemente do Acórdão, pois, confunde fato gerador necessário (escrituração do ágio) com o fato gerador suficiente (auferir renda), sendo que a verificação deste segundo depende da ocorrência ou não do primeiro, que é exatamente o objeto da autuação em comento;

- assim sendo, de fato, o *dies a quo* da contagem do prazo decadencial, no caso dos autos, iniciou-se no momento do fato gerador do ágio, qual seja o dia 31/03/2007, data-base da incorporação;

- entretanto, na eventualidade de assim não entenderem estes Doutos Conselheiros, pugna a Recorrente que, ao menos, seja reconhecida a decadência em relação ao período de 31/03/2007 a 31/10/2007, considerando-se o *dies a quo* do prazo decadencial como sendo a data da efetiva amortização mensal do ágio, devendo ser decretada a extinção dos supostos créditos tributários e correlatas multas, nos termos dos artigos 150, §4º e 156,V, do CTN;

DO DIREITO À AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

- o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, retratado no artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99 - "RIR/99"), estabelece o conceito de ágio e seus requisitos para efeitos fiscais. Confira-se: [...];

- ágio, portanto, é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial da participação societária adquirida, sendo requisitos essenciais: (a) a aquisição da participação societária; e (b) o fundamento econômico do valor da aquisição;

- no caso em exame, a BFL adquiriu a PIMACO, tendo desembolsado R\$ 96.000.000,00 (noventa e seis milhões de reais) por referida aquisição, gerando ágio, o qual, diga-se, nunca foi questionado pela fiscalização. O preço foi devidamente pago pela Compradora aos Vendedores (então sócios da Recorrente), conforme atestam os comprovantes de pagamento acostados à impugnação (Doc. 04 da impugnação);

- o ágio gerado na aquisição da participação societária encontrou justificativa na expectativa de rentabilidade futura, e foi assim contabilizado: [...];

- o balanço patrimonial da BFL em 31/12/2006 era: [...];

- posteriormente, a Recorrente incorporou a BFL (Doc. 06 da Impugnação), com fundamento em razões estratégicas e econômicas, quais fossem: (i) conferir maior capacidade financeira e patrimonial à incorporadora; (ii) racionalizar e simplificar sua estrutura societária e, conseqüentemente, consolidar e reduzir gastos e despesas operacionais combinadas; (iii) permitir a união de recursos empresariais e dos patrimônios envolvidos, possibilitando uma melhor utilização de recursos operacionais e beneficiando as atividades sociais desempenhadas; e (iv) simplificar a gestão para viabilizar a expansão dos negócios sociais combinados;

- no que se refere aos aspectos formais da operação, é importante destacar o seguinte trecho extraído do Termo de Verificação, no qual a fiscalização reconhece expressamente que foi realizada a incorporação em cumprimento aos exatos termos da legislação societária. Confira-se:

Em resumo, de todos os fatos e documentos trazidos aos autos, vê-se que, como dito anteriormente, cada etapa que compôs a operação de incorporação da BFL Participações pela Fiscalizada, se examinada de modo singular, observou a legislação societária que rege a matéria, haja vista a Instrução CVM 319/1999 e a Instrução CVM 349/01, que disciplinam o tratamento contábil do ágio.

- nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, poderá amortizar o valor do ágio fundado em rentabilidade futura, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. Confira-se: [...];

- logo, considerando que a Recorrente absorveu patrimônio da BFL por meio de incorporação, a qual foi realizada com base em questões estratégicas, conforme já

demonstrado, tornou-se possível a amortização, pela Recorrente, do ágio anteriormente contabilizado nos livros da BFL, nos exatos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;

- nesse ponto, equivoca-se o Acórdão recorrido, quando condiciona a utilização do ágio apenas na alienação do investimento. Veja-se trecho do voto do I. Conselheiro Relator: [...];

- conforme pode ser depreendido, e, considerando a época da ocorrência das operações, sob discussão, verifica-se que não somente a partir da alienação do investimento, como também na realização de operações societárias descritas nos permissivos artigos 7º e 8º, da Lei n.º 9.532/1997, dentre elas a incorporação, ainda que reversa.

- neste ponto é oportuno ressaltar que somente com a Lei nº 12.973/2014 é que houve alteração do critério legal para a amortização do ágio. Confira-se o disposto no artigo 65 da referida lei: [...];

- à época da realização das operações societárias pela Recorrente, portanto, estavam presentes os requisitos previstos nos artigos 7º e 8º, da Lei n.º 9.532/1997;

- isso porque, e ainda cumpre asseverar, inexistia à época qualquer proibição legal quanto à amortização do ágio por incorporação reversa, que se justificou por razões estratégicas e econômicas, já aventadas;

- a incorporação reversa já foi reconhecida por este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, como legítima na amortização do ágio, segundo se depreende da ementa do Acórdão paradigma nº 1302-001.532 (Doc. 05), o qual também houve por bem afastar a ocorrência da multa isolada, eis que se trata de tributação reflexa: [...];

- desta feita, não pairam dúvidas quanto à possibilidade da amortização do ágio, ainda que por meio de incorporação reversa, quando observada a legislação fiscal e societária que versa sobre a matéria, como efetivamente ocorreu, e cuja observância foi reconhecida pela Autoridade Fiscal;

- neste exato sentido, confirmam-se trechos extraídos de decisões proferidas pelo E. CARF: [...];

- assim, resta evidente que deve ser afastada, no presente caso, qualquer alegação de suposta ilicitude da operação que sugeriria eventual ocorrência "abuso de Direito";

- não restam dúvidas, pois, quanto à legalidade da amortização do ágio contabilizado pela BFL, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997;

DA LEGALIDADE DA OPERAÇÃO

- conforme anteriormente relatado, sob a perspectiva da análise da legislação societária e tributária que regem a matéria, a operação é legal e, portanto, não poderia o Fisco tratar como indedutíveis as amortizações decorrentes do ágio anteriormente contabilizado;

- especialmente sob o aspecto societário, ressalte-se que a legalidade da operação se mostra incontroversa nos presentes autos, uma vez que o próprio Sr. Auditor Fiscal

da Receita Federal do Brasil Autuante afirma à fl. 14 do Termo de Verificação Fiscal que foi observada a legislação societária pela Recorrente;

- a legalidade da amortização do ágio adicionada à legalidade formal da operação já seria suficiente à improcedência da ação fiscal;

- não obstante, a fim de não pairarem dúvidas sobre à análise dos "Aspectos Materiais" da operação - erroneamente empreendida pelo o Sr Auditor da Receita Federal do Brasil (Autuante) e perpetuada pelo Acórdão recorrido, a Recorrente passa a deduzir argumentos que ensejarão a desconstrução das conclusões a que se chegaram quando da autuação, do julgamento da Impugnação e do acórdão ora combatido;

- inicialmente, às fls. 6 e 7 do Termo de Verificação Fiscal, afirma-se que a empresa BFL não seria uma sociedade empresária. Confira-se: [...];

- a BFL é sociedade anônima, portanto, sociedade empresária legalmente constituída e registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Doc. 12 da Impugnação). Admitir (ou até mesmo cogitar) o contrário configura violação a dispositivo legal expresso;

- ora, pouco importa o objeto social de referida sociedade, ou até mesmo as atividades por ela realizadas. Não pode o Sr. Auditor Fiscal desconsiderar a sua natureza de sociedade empresária com base em presunções ou suposições nitidamente pessoais se a legislação expressamente a classifica como tal;

- a BFL, sociedade empresária legalmente constituída, adquiriu a participação societária da Recorrente, gerando um ágio;

- posteriormente, a Recorrente incorporou a BFL. Em decorrência deste evento, e tendo em vista a previsão legal contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº. 9.532/97, a Recorrente passou a amortizar o ágio anteriormente contabilizado nos livros da BFL, absorvido em razão do evento societário realizado (incorporação);

- ora, conforme anteriormente relatado, a legislação tributária permite (artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997) que o ágio seja amortizado a partir de uma incorporação (ainda que reversa), e desde que tenha sido fundamentado na expectativa de rentabilidade futura;

- o Conselheiro Relator, ao contrário, busca legitimar a autuação, ao argumento de que a artificialidade das operações, levadas a efeito pela Recorrente para amortização do ágio, residiria na utilização da empresa veículo BFL;

- olvida que não há qualquer proibição quanto à utilização de empresa veículo, precipuamente quando a BFL nunca foi uma fraude;

- é deveras subjetiva, e parte de convicções pessoais do Conselheiro Relator, a afirmação de que a BFL não serviu pra nada. Muito pelo contrário! A empresa foi devidamente constituída e adquiriu legalmente as quotas representativas do capital social da Recorrente. Baseou-se no laudo de avaliação econômica (Doc. 06 da Impugnação), bem como efetivou o pagamento, conforme comprovantes já apresentados nestes autos (Doc. 04 da Impugnação);

- não se pode, pois, olvidar de sua existência, tampouco da sua relevância. O fato de ter sido posteriormente incorporada por sua controlada, não implica, em hipótese alguma, na presunção de sua artificialidade, mas se deu, conforme exaustivamente demonstrado, por razões econômicas e estratégicas;

- repise-se à exaustão, todas as operações realizadas foram devidamente auditadas, oportunidade em que foi reconhecida sua legitimidade em consonância com a legislação fiscal e societária vigente à época em que a operação foi concluída. Assim, não há que se falar em eventual "abuso de Direito";

- neste ponto, cabe ainda um adendo para que não se deixe levar o exegeta pela manobra argumentativa desenvolvida no voto do Ilustre Julgador Fiscal Relator, quando da decisão de primeira instância, a qual, pelas considerações a serem tecidas, merecem ser reiteradas;

- isso porque a decisão de primeira instância propositadamente omitiu a existência de norma jurídica autorizadora da operação perfeitamente legal, aplicando ao caso dos autos através de opiniões pessoais e duvidosas invocações de ordem principiológica a teoria do "abuso do Direito";

- observe-se que o I. Julgador Relator em seu voto, aventa argumentos que buscam guarida na teoria dos princípios jurídicos, objeto de estudo da teoria geral do Direito, com evidente inspiração na obra de ROBERT ALEXY;

- pretendeu-se, portanto, caminhar, da separação entre texto e norma, até a afirmação dos princípios enquanto espécie normativa (o que não se desconhece, muito menos se nega), para tentar, com base nestes (princípios), sustentar a desconsideração dos efeitos fiscais da realização de um negócio jurídico firmado de acordo com todos os ditames da legislação societária, e que se amolda perfeitamente à hipótese de incidência de uma norma-regra que permite a dedutibilidade do ágio (arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97);

- ocorre que não é possível, à luz da conformação constitucional do Direito Tributário e do subsistema constitucional que rege os atos da Administração Pública, permitir-se o surgimento de obrigação tributária e a correspondente constituição do crédito tributário com base em princípios apenas;

- sem mais delongas, não é cabível a lavratura de um Auto de Infração com base, unicamente, na aplicação do discutível "princípio da supremacia do interesse público" e de um absurdo "solidarismo tributário", em contraposição a regras expressas, já exaustivamente citadas, que autorizam e regulamentam a reorganização societária em questão e a ela atribuem legítimos efeitos tributários (dedutibilidade do ágio);

- como bem ressaltado pelo próprio Julgador Relator, o legislador ordinário realizou ponderação em abstrato para instituir norma-regra que permite a dedução do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, o que não pode ser excepcionado através da ponderação de princípios;

- filiando-se à Teoria dos Princípios de HUMBERTO ÁVILA, o qual revisita e revê a teoria de ALEXY, entende-se que não se pode afastar a aplicação de uma norma-regra através da mera invocação de normas-princípio, pois estas dispõem de conteúdo normativo

estranho à regulamentação de fatos específicos e não podem ser contrapostas às regras para evitar a sua aplicação ao caso concreto;

- demais disto, ainda que assim não fosse, seguindo a orientação adotada no Acórdão recorrido, uma tal operação de ponderação que resultasse no afastamento de uma norma-regra, em razão da não satisfação de sua finalidade, dependeria de um "ônus argumentativo" impossível de ser sustentado e ultrapassado por um ato administrativo de lançamento plenamente vinculado à lei (leia-se normas-regra);

- ultimando-se o exercício hipotético, ainda que cabível fosse a elaboração de tal ponderação para a motivação do ato de lançamento, não é isto que se verifica no caso dos autos, pois o Auto de Infração vergastado nada fala neste sentido, não suportando o suposto "ônus argumentativo", o que somente foi aventado quando do julgamento da Impugnação apresentada por esta Recorrente;

- observe-se que não houve a aplicação de qualquer norma-regra suficiente ao afastamento daquela a que se chega através da interpretação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, isto porque norma-regra neste sentido não há, além do que os fatos, já pormenorizadamente narrados e comprovados, afastam a ocorrência de simulação, dissimulação, ou qualquer ardil semelhante, tendente a obter economia tributária ilícita;

- demais disto, há que se atentar para o fato de que a economia tributária a que se chegou através da operação em questão haveria sido atingida por outros meios, mesmo que não houvesse sido incorporada a BFL pela Recorrente, o que afasta definitivamente a alegação de "abuso de direito", uma vez que, havendo hipóteses semelhantes para obtenção da dedutibilidade do ágio, não é possível que se diga ilícita uma e lícita outra, se ambas partem da mesma hipótese normativa, qual seja a incorporação de uma sociedade por outra, quando houvesse participação acionária de uma em outra, adquirida com ágio;

- ante o anteriormente expendido e com o devido respeito pelas afirmações do I. Relator, em que pese as suas argumentações e inúmeras transcrições doutrinárias, em momento algum ficou provado que a BFL tida como empresa veículo, não pagou o valor das quotas, inclusive do ágio aos ex sócios da Pimaco, assim como que a BFL e a Recorrente na ocasião mantinham qualquer tipo de vinculação econômica ou jurídica; não teceu nenhum comentário sobre a expectativa de rentabilidade futura atestada por meio de laudo de avaliação econômica (Doc. 05 da impugnação), limitando-se a, por entendimento nitidamente pessoal, tentar desclassificar os legítimos propósitos anteriormente alinhados nesta peça que levaram a Recorrente a concluir o negócio. Olvidando que no caso a verdade material indica totalmente o contrário das suposições invocadas;

- isto posto e face ao que consta dos autos resta provado ser inquestionável que a compra da participação societária pela BFL, quanto à incorporação, foram, posteriormente, realizadas em absoluta consonância com a legislação societária e tributária à época da operação. Aliás, a efetiva reorganização societária tal como implementada pela Recorrente nos exatos termos dos vários acórdãos desse E. CARF anteriormente transcritos não resulta em economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e consequentemente não pode ser considerada como não oponível ao Fisco;

- nunca é demais ressaltar que também os demais argumentos de defesa, ora repisados e desenvolvidos, vêm sendo acolhidos nas mais recentes decisões deste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, das quais é exemplo o abaixo transcrito: [...];

- diante de tudo quanto exposto, demonstrada a legalidade e licitude das operações realizadas, não se tratando de ágio gerado dentro de um mesmo grupo de empresas, bem como tendo sido satisfeitas as premissas estabelecidas por este E. CARF, merece ser reformada a r. decisão recorrida para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Como já mencionado, o recurso especial da contribuinte foi admitido em relação às seguintes matérias: 1- A ocorrência do "abuso de direito" não legitima a constituição de crédito tributário, porque inexistente norma jurídica que preveja a consequência que se quer impor; e 3- A utilização de empresa veículo na reorganização societária é fato insuficiente para descaracterizar a operação que envolveu a amortização do ágio.

Em 26/10/2017, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do despacho que deu seguimento parcial ao recurso especial da contribuinte, e em 30/10/2017, o referido órgão apresentou tempestivamente as **contrarrazões** ao recurso.

Inicialmente, a PGFN suscita preliminar de não conhecimento do recurso especial, alegando que a contribuinte não indicou o dispositivo legal que foi interpretado de modo divergente pelo acórdão recorrido.

Na sequência, a PGFN defende a manutenção do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos, os quais transcreve.

Ela também transcreve outras decisões do CARF, no mesmo sentido do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Conheço do recurso, pois este preenche os requisitos de admissibilidade.

O presente processo tem por objeto lançamento a título de IRPJ e CSLL referente aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, e também lançamento de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais desses tributos no curso dos mesmos anos-calendário.

A autuação fiscal está fundamentada na glosa de despesas relativas a amortização de ágio. A glosa da despesa repercutiu tanto na apuração das estimativas mensais, quanto na apuração de ajuste anual.

A decisão de primeira instância administrativa manteve o lançamento, conforme elaborado pela Fiscalização.

A decisão de segunda instância administrativa (acórdão ora recorrido) seguiu esse mesmo caminho.

E agora, em sede de recurso especial, a contribuinte ataca o acórdão recorrido, na parte em que ele manteve a glosa das despesas relativas à amortização de ágio.

A PGFN apresentou contrarrazões ao recurso, e suscitou uma preliminar de não conhecimento, alegando que a contribuinte não indicou o dispositivo legal que foi interpretado de modo divergente pelo acórdão recorrido.

Essa preliminar de não conhecimento é improcedente.

Não há nenhuma dúvida de que a contribuinte suscitou divergência jurisprudencial em relação à interpretação e aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997.

O recurso especial, portanto, deve mesmo ser conhecido.

Antes de adentrar no mérito dos argumentos sobre a dedutibilidade da despesa de amortização de ágio, é ainda necessário citar duas questões preliminares trazidas pela contribuinte em seu recurso especial.

Primeiramente, ela alega nulidade do auto de infração, por falta de motivação, eis que ele não traria a indicação precisa da conduta tida por praticada e nem da norma jurídica que lhe atribui natureza infracional e prevê a correspondente sanção. Essa mesma alegação de nulidade foi rejeitada pelo acórdão recorrido.

A leitura do relatório que antecede este voto evidencia claramente que as questões de nulidade apontadas pela contribuinte são, na verdade, questões de mérito. Ela parte do princípio de que está enquadrada nos referidos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, e alega que a Fiscalização não apontou outras situações/normas para fundamentar o lançamento.

Ora, conforme já mencionado acima, toda a questão trazida pelo lançamento fiscal diz respeito justamente ao enquadramento ou não da contribuinte nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997. São precisamente essas normas que podem ou não justificar a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio.

A segunda questão preliminar trazida pela contribuinte é referente à decadência do crédito tributário constituído nos presentes autos.

Registro que essas preliminares não devem ser conhecidas, uma vez que, já tendo sido analisadas e rejeitadas na fase anterior do processo, caberia à contribuinte suscitar-las na forma de divergência jurisprudencial, apresentando paradigmas de divergência, etc., o que não ocorreu.

Quanto ao mérito, o ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte PIMACO AUTOADESIVOS LTDA. (e condenado pela Fiscalização) de deduzir, nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade da empresa veículo BFL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS, por ocasião da aquisição das ações da atuada.

O relatório constante do acórdão recorrido explicita bem a sequência de operações societárias que estão relacionadas à formação e à posterior amortização do ágio:

- 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.

Ou seja, com a incorporação de sua controladora (BFL), a recorrente (PIMACO) passou, então, a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal

prática estava amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

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):

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

(...)

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).

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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).

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

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.

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 1997¹, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI² 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.

¹ 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.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁴:

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

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporadora (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 1.607, 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**."

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em

³ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

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):

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.

§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).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O *caput* do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

"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 ATALIBA⁵.

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

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

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez 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.

⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 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. SCHOUER⁶, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

⁶ SCHOUER, 2012, p. 62.

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de

investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição das ações da recorrente (PIMACO). Também não se discute que tais valores superaram os valores contábeis das ações alienadas. A existência do ágio oriundo de tal operação não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN, nas contrarrazões que opôs ao recurso especial da contribuinte.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das ações da recorrente não pertenciam à BFL Participações e Empreendimentos, mas sim aos seus sócios controladores (grupo BIC), que realizaram, em agosto de 2006, aportes de recursos em torno de 100 milhões de reais na BFL, empresa que tinham acabado de criar no mês anterior, com o objetivo específico de realizar, por meio dela (BFL), a aquisição da empresa PIMACO (ora recorrente).

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

Sendo assim, a recorrente não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 05/09/2006.

Como não foi a BFL que desembolsou os valores que deram origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das ações da recorrente, no ano de 2006, saiu dos ativos dos reais investidores: Grupo BIC.

A empresa BFL, embora conste formalmente como a adquirente das ações da recorrente, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Pertencia aos seus sócios controladores (Grupo BIC) a capacidade econômica para levar adiante o negócio de aquisição da PIMACO, e foram efetivamente esses sócios controladores que desembolsaram recursos para a aquisição das ações da PIMACO (ora recorrente).

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

A constituição e os aportes de capital na BFL visaram exclusivamente à sua utilização como "empresa veículo": ela receberia os valores dos reais investidores (Grupo BIC), aplicaria tais riquezas na aquisição das ações da PIMACO e seria, em seguida, incorporada por esta. Verifica-se que a BFL teve duração efêmera e deixou como único legado a possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".

O voto que orientou o acórdão recorrido traz interessantes observações sobre a utilização da BFL como empresa veículo:

Da análise do Termo de Verificação Fiscal, da decisão recorrida e do recurso voluntário apresentado, são incontroversos:

- A respeito de BFL:

- teve vida efêmera (de 11/07/2006 a 30/04/2007);
- a única operação realizada foi a aquisição de PIMACO (RECORRENTE), tendo sido, ao final, por esta incorporada;
- era 100% controlada por empresas do Grupo BIC;
- foi capitalizada em R\$ 100.000.000,00 (aumento de capital) 13 dias antes da aquisição de PIMACO por R\$ 96.000.000,00.

Sem dúvida, esses são os fatos, frise-se, incontroversos. A discussão posta gira em torno dos motivos e finalidades da criação de BFL. A Fiscalização é incisiva ao afirmar que o único propósito de BFL foi possibilitar que o ágio gerado na aquisição de PIMACO pudesse ser amortizado: BFL teria sido criada por seus sócios para adquirir PIMACO e ser por essa incorporada para que, mantendo as operações de PIMACO intactas e isoladas das demais empresas do grupo, o ágio pudesse reduzir o seu próprio resultado tributável, e, por conseguinte, reduzir o montante de IRPJ e CSLL devido. [...]

[...]

O argumento relativo a BFL ser uma sociedade empresária é deveras simplório, pois resta evidente que a autoridade fiscal apegou-se a seu conteúdo material, e não às formalidades. Resta evidente que era uma simples “empresa de prateleira”, sem qualquer atividade operacional. O objetivo de sua constituição, sem dúvida, foi permitir a amortização do ágio, e, para tanto foi utilizada para adquirir o investimento com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida a fim de possibilitar a redução dos resultados tributáveis da RECORRENTE.

No que atine aos propósitos trazidos para a incorporação, além de serem inerentes a qualquer operação de incorporação, há de se perguntar o porquê da alteração de panorama: todos esses objetivos de simplificação da estrutura societária, consolidação e redução de gastos e despesas não seriam necessárias se as reais adquirentes de PIMACO (Grupo BIC) tivessem feito, meses antes, a aquisição direta de suas ações. Aliás, quais despesas operacionais de BFL a que se referia um dos propósitos trazidos pela RECORRENTE para justificar o negócio, uma vez que essa não possuía qualquer atividade operacional? E a qual patrimônio se referia, se o que existia em BFL, de fato, era somente o investimento na própria RECORRENTE?

Ora, não é crível que em poucos meses o mesmo grupo econômico justifique a criação de uma empresa para a aquisição de controle total de uma empresa e, ao final, altere completamente o seu comportamento justificando que se faz necessária a simplificação da estrutura do grupo econômico por meio da incorporação empresa recém criada pela própria

empresa investida. Trata-se da máxima do *venire contra factum proprium*, ou seja, vedação ao comportamento contraditório.

Ademais, em nenhum momento a RECORRENTE esclarece o porquê da criação de BFL. 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! Repise-se: não há um só elemento objetivo trazido pela RECORRENTE que justifique o porquê da criação de BFL, empresa efêmera, que realizou um único negócio durante sua existência (a aquisição de PIMACO), servindo, sem sombra de dúvidas, para permitir a amortização de ágio. Outra finalidade deveria ser comprovada pela RECORRENTE, que não se desincumbiu de seu ônus probatório.

Salienta-se que sem a utilização da denominada “empresas veículo” (BFL) não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento, conforme já abordado. Nesse contexto, é de pouco relevo se a “empresa veículo” efetivamente operava, ou se sua existência foi efêmera. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a efemeridade de suas participações no negócio, em si. Em curto lapso, simplesmente por sua interposição em negócio jurídico, foi capaz de causar efeitos tributários, não em si mesma, mas na pessoa jurídica que efetivamente ocupava um dos polos da operação negocial perpetrada, no caso, a RECORRENTE.

A empresa BFL foi incorporada pela recorrente, e esta, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se 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. No caso sob análise, quem está nesse papel são os sócios controladores da BFL.

Mas após as referidas operações societárias, o que se constata é que os reais investidores e a investida permaneceram como empresas apartadas. Com efeito, a PIMACO se manteve intacta e isolada das demais empresas do grupo BIC.

Sendo assim, a amortização operada pelo recorrente não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou seja por ela incorporada. No caso dos autos, a investidora originária não participou de "confusão patrimonial" alguma.

Ainda que se analise a situação debatida nos autos sob outro enfoque, a conclusão alcançada continua sendo pela impossibilidade de utilização tributária do ágio pela recorrente.

Tal aproveitamento tributário do ágio consiste, como já foi dito por diversas vezes, na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Faz-se relevante, portanto, analisar o caso sob a perspectiva da teoria atinente às despesas que têm relevância fiscal. Uma vez mais, pede-se vênica para transcrever-se excerto extraído do Acórdão nº 9101-002.301, por sua concisão e clareza:

"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/99.

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.

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

Tratam-se de operações especificamente 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, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são 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 uma 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, 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."

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como a encontrada nos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário que tem a finalidade específica de criar artificialmente hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999 (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Finalmente, registro que a contribuinte também trouxe em seu recurso especial argumentos sobre a multa isolada por falta/insuficiência de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

Mas ela não suscitou divergência jurisprudencial em relação a essa matéria, com apresentação de paradigmas, demonstração analítica de divergência, etc. Apenas repetiu o mesmo texto que constava de seu recurso voluntário na fase processual anterior, de modo que não cabe simplesmente reexaminar a matéria, como se o recurso especial configurasse uma terceira instância administrativa, o que não é. Não é desconhecido por ninguém que o recurso especial tem cognição restrita.

Desse modo, diante de tudo o que foi exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo