



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

Processo n° 19647.009690/2006-99
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.972 – 1ª Turma
Sessão de 17 de janeiro de 2019
Matéria IRPJ - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente TIM NORDESTE S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

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

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

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 Demetrius Nichele Macei (relator), Cristiane Silva Costa, Luis Fabiano Alves Penteado e Lívia De Carli Germano, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner, Demetrius Nichele Macei, Nelso Kichel (suplente convocado), Luis Fabiano Alves Penteado, Livia De Carli Germano e Rafael Vidal de Araújo. Ausente, momentaneamente, a conselheira Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ (período 01/2000 a 12/2004) e CSLL (período 01/1998 a 12/2004), cumulados com juros, multa de ofício e multa isolada, em face de Tim Nordeste S/A (antiga Maxitel S/A), autuada em razão da sua condição de sucessora da Tim Nordeste Telecomunicações S/A (antiga Telpe Celular S/A), que, por sua vez, sucedeu as empresas: Telasa Celular S/A, Teleceará Celular S/A, Telern Celular S/A, Telepisa Celular S/A e Telpa Celular S/A, pelas supostas infrações (auto de infração – e-folhas 430 a 469):

a) Apropriação de despesa não dedutível de amortização de ágio pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 2000 a 2004).

b) Exclusão indevida de ágio (registrado no Lalur) pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2001 a 2004 e CSLL 2000 a 2004).

c) Glosa de prejuízos e base negativa de períodos anteriores compensados indevidamente pelas empresas Telern (IRPJ e CSLL 2002 a 2004), Telpa (IRPJ e CSLL do ano base 2002) e Telpe (IRPJ 2002 a 2004 e CSLL 2002 e 2003).

d) Dedução a maior de incentivo fiscal de lucro da exploração pelas empresas Telasa, Teleceará, Telern, Telepisa, Telpa e Telpe (IRPJ 2002, a 2004).

e) Glosa de dedução de CSLL retida na fonte por órgão público.

f) Deduções indevidas no ajuste anual de antecipações de IRPJ e de CSLL não comprovadas. Glosa de dedução de IRPJ e CSLL mensais pagos por estimativa.

g) Multas isoladas por falta de pagamento de IRPJ e de CSLL devidas por estimativa mensal.

O Termo de Encerramento de Ação Fiscal – TEAF (e-folhas 488 a 544), concluiu que, diante da análise de todos os fatos e documentos apresentados pelo contribuinte, configurou-se abuso de direito. Nas palavras do Fisco (e-folha 519, do TEAF):

Portanto, o que temos aqui é tentativa de se produzir uma despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL através da “projeção” do ágio pago pela BITEL, na pessoa jurídica de sua investida – TNC, e depois para as empresas que justificaram o investimento com ágio – Operadoras, a reboque de uma norma legal que dessa forma não contempla tal benefício, caracterizando então um abuso de direito.

Inconformada, a Contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 2894 a 2937).

O Acórdão n. 11-21.175 da DRJ/REC, (e-fls. 3647 a 3712), considerou, por unanimidade de votos, procedente em parte o lançamento. Veja-se a ementa de tal decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

O prazo decadencial nos lançamentos por homologação aplica-se aos pagamentos efetuados pela contribuinte e não a seus registros contábeis. O Fisco nada poderia lançar enquanto a contribuinte não amortizasse o ágio diferido, reduzindo o lucro real tributável.

LUCRO REAL TRIMESTRAL. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. FALTA DE EFETIVO PAGAMENTO. DEDUÇÃO INDEVIDA.

A legislação fiscal somente admite a dedutibilidade da amortização do ágio proveniente de incorporação de sociedade controladora por sua controlada, se efetivamente ocorre o desembolso do valor pago a este título, do mesmo modo que se exige o efetivo pagamento para toda e qualquer dedução pleiteada no âmbito fiscal, ainda que a incorporação realizada tenha observado os ditames da legislação societária.

LUCRO DE EXPLORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E PROVISÃO PARA MANUTENÇÃO DA INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Os benefícios fiscais de redução e isenção do imposto são calculados sobre o lucro da exploração decorrente exclusivamente da atividade que se deseja incrementar. Neste sentido a amortização do ágio e a baixa da PMIPL não devem afetar o lucro de exploração da empresa.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A incorporadora é responsável pelo pagamento da multa de ofício decorrente de infração atribuída à incorporada, mormente se sucessora e sucedida têm em comum a mesma controladora. A multa de lançamento de ofício aplica-se à sucessora por infração cometida pela sucedida, ainda que apurada após a sucessão.

MULTA PROPORCIONAL NO LANÇAMENTO DE OFÍCIO - CONCOMITÂNCIA COM MULTA ISOLADA.

A exigência do lançamento de multa isolada pela falta ou insuficiência do recolhimento de antecipações mensais não constitui impedimento para a exigência concomitante de multa proporcional na hipótese de se apurar na mesma ação fiscal que houve falta ou insuficiência de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

MULTA ISOLADA PELO NÃO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

A multa isolada pelo não recolhimento de estimativa, aplicada após o encerramento do ano-calendário respectivo, se encontra prevista de forma expressa na legislação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1998, 2000

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Diante de tal decisão, a Contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls. 3763 a 3802), reiterando seus argumentos e requerendo sejam canceladas integralmente as autuações.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (e-fls. 3969 a 3990), sustentado as seguintes razões para o desprovimento do recurso voluntário e manutenção do lançamento fiscal:

- a) ausência de decadência do lançamento;
- b) impossibilidade de aproveitamento do ágio;
- c) possibilidade da aplicação concomitante da multa isolada e multa de ofício; e
- d) cobrança de juros sobre as multas aplicadas.

Sob o Acórdão do CARF nº 1402-001.876 (e-fls. 4000 a 4093), negou-se provimento ao recurso de ofício, enquanto que foi acolhida a arguição de decadência em relação à exigência da CSLL no ano-calendário de 1998, 1999 e 2000. Ainda, por maioria de votos, foi dado provimento parcial ao recurso voluntário para cancelar a exigência da multa isolada, porém não sido reconhecida a decadência. Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

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: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO, POR MEIO EXTRA-CONTÁBIL, DE PARCELAS JÁ AMORTIZADAS CONTABILMENTE.

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores

IRPJ/CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

1. O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.
2. Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).
3. A exceção trazida pelo *caput* do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II).
3. Inexistindo extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e investidora não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas.

IRPJ. ESTIMATIVAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA.

A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Precedentes.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A interpretação do artigo 132 do CTN, moldada no conceito de que a pena não deve passar da pessoa de seu infrator, não pode ser feita isoladamente, de sorte a afastar a responsabilidade do sucessor pelas infrações anteriormente cometidas pelas sociedades incorporadas, mormente se a incorporadora e incorporadas têm em comum a mesma controladora. A multa de lançamento de ofício aplica-se à sucessora por infração cometida pela sucedida, ainda que apurada após a sucessão. Precedentes.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

CSLL. DECADÊNCIA.

Declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula vinculante nº 8, DOU de 20/06/2008), cancela-se o lançamento no qual não foi observado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz, em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Recurso voluntário parcialmente provido.

LUCRO DE EXPLORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E PROVISÃO PARA MANUTENÇÃO DA INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Os benefícios fiscais de redução e isenção do imposto são calculados sobre o lucro da exploração decorrente exclusivamente da atividade que se deseja incrementar. Neste sentido a amortização do ágio e a baixa da PMIPL não devem afetar o lucro de exploração da empresa.

Recurso de ofício desprovido.

Ato contínuo, em 17/06/2015, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial (e-fls. 16247 a 16253) alegando divergência jurisprudencial da decisão proferida, com relação à multa isolada.

Abaixo segue a ementa integral do Acórdão paradigma:

Acórdão nº 1401-00.107, de 05.11.2013:

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

Ementa: : DIFERENÇA ENTRE O ESCRITURADO E DECLARADO DCOMP- DECLARAÇÃO DÉBITO LANÇADOS DE OFÍCIO - DESISTÊNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. DIFERENÇA ENTRE A compensação declarada à SRF de crédito tributário lançado de ofício importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

IRPJ — CSLL - MULTA ISOLADA. Por se referirem a infrações distintas, a multa de ofício exigida isoladamente sobre o valor do imposto apurado por estimativa no curso do ano-calendário, que deixou de ser recolhido, é aplicável concomitantemente com a multa de ofício calculada sobre o imposto devido com base no lucro real, mesmo que o lançamento ocorra após o encerramento do ano-calendário.

O despacho de admissibilidade (e-fls 16261 a 16267) não admitiu o recurso especial interposto pela PGFN, entendendo não ter sido demonstrada a divergência jurisprudencial.

Ato contínuo, socorreu-se também a Contribuinte do Recurso Especial (e-fls. 16359 a 16385), fundamentado na divergência entre o acórdão recorrido e outros precedentes deste Tribunal, no qual demonstrou a necessidade de julgamento, perante a Câmara Superior, das seguintes matérias:

1. possibilidade de utilização de holding (“empresa veículo”) para amortização do ágio;
2. inexistência de determinação legal de adição da amortização do ágio à base de cálculo da CSLL.

Com relação ao primeiro tema, "possibilidade de utilização de holding (“empresa veículo”) para amortização do ágio", apresentou os seguintes Acórdãos paradigmas, cujas ementas são as seguintes:

Acórdão nº 1102-000.873, proferido pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção:

“AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7 E 8 DA LEI N 9.532/97. PRIVATIZAÇÃO. TELECOMUNICAÇÕES. É legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7 e 8 da Lei n 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. Precedentes dessa Corte Administrativa” (Ac. 1102-000.873, Conselheiro Relator designado Antonio Carlos Guidoni Filho, sessão de 11/06/2013 – íntegra para comprovar a divergência - destacamos – doc. 02).

Acórdão nº 1301-000.711), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção:

“INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO – INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

ABUSO DE DIREITO – A figura de “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não

houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

E, com relação ao segundo tema, "inexistência de determinação legal de adição da amortização do ágio à base de cálculo da CSLL", traz as ementas a seguir:

Acórdão nº 1302-001.954, de 2016;

CSLL. BASE DE CÁLCULO. ADIÇÃO DE DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

A base de cálculo da CSLL é o lucro líquido com ajustes expressamente previstos em lei. A base de cálculo do IRPJ, por sua vez, é o lucro real, para o qual existem previsões específicas relativamente aos efeitos da amortização do ágio que não se aplicam à base de cálculo da CSLL, nem mesmo as regras previstas no Decreto-Lei nº 1.598/77, que tratam da adição do ágio no lucro real, nem assim as regras previstas na Lei nº 9.532/97, que permite sua amortização em algumas hipóteses.

Acórdão nº 1301-002.047, de 2016:

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. DEDUTIBILIDADE.

Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.

Ao analisar o cabimento do Recurso Especial, o Ilmo. Conselheiro Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção proferiu despacho (e-fls. 16725 a 16731), admitindo o recurso apenas quanto ao item “1” acima, entendendo, por outro lado, não ter ocorrido, quanto ao item “2” o “alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de matéria que não foi questionada”.

Inconformada, a Contribuinte interpôs Agravo de Instrumento (e-fls. 16748 a 16753), do despacho acima, que deu seguimento parcial ao recurso especial de divergência, tendo sido o mesmo rejeitado, com fundamento no parágrafo 2º, do artigo 71 do Anexo II do RICARF, que diz

"não cabe agravo se a negativa de seguimento decorrer de falta de pré-questionamento da matéria, no caso de recurso interposto pelo sujeito passivo (inciso V).”

Ato contínuo, intimada a Fazenda Nacional, do Recurso Especial da Contribuinte, apresentou Contrarrazões (e-fls. 16769 a 16778), alegando que no presente caso "a motivação para a realização das operações foi exclusivamente tributária". E que "a integralização de capital na empresa veículo não representou qualquer intenção de efetivamente constituir empresa que atuasse como holding da participação societária na TNM"

Processo nº 19647.009690/2006-99
Acórdão n.º **9101-003.972**

CSRF-T1
Fl. 16.819

Requeru por fim, seja negado provimento ao recurso da contribuinte e mantido o acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Relator

O recurso especial do contribuinte é tempestivo (p. 16359/16385) e atendeu, em parte, aos requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pela parte recorrida (p. 16769/16778) no tocante à admissibilidade do recurso na parte em que admitida (possibilidade de utilização de holding – empresa veículo – para amortização do ágio), motivo pelo qual concordo e adoto as razões do i. Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF para conhecimento parcial do Recurso Especial, nos termos do permissivo do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99.

Mérito

Em síntese, o v. acórdão recorrido firmou entendimento de que “o direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização. Em regra, o ágio efetivamente pago – em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura – deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento. A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II). Inexistindo extinção do investimento mediante reestruturação societária entre investida e investidora não há que se falar em amortização do ágio, não se admitindo sua transferência para terceiros para que usufruam de tais despesas”.

A suposta inexistência de extinção do investimento decorre do entendimento do i. Conselheiro Relator que a “real” investidora – empresa BITEL, ao final da operação, continuou a existir, assim como a “real” investida, a empresa TNC. Que a empresa 1B2B (holding) foi utilizada apenas para a transferência do ágio e que a sua incorporação, portanto, não atenderia ao disposto na legislação de regência para justificar a amortização do ágio.

No primeiro v. acórdão paradigma trazido à colação (1102-000.873), no qual a mesma operação foi analisada, referente ao ano-calendário 2005, restou consignado que “é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio pago no âmbito de leilão de privatização de empresas de telecomunicações. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que, dessa reorganização, não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei”.

No segundo paradigma (1301-000.711), complementou-se que “no contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/98, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

Em suma, a questão posta para análise deste Colegiado é a possibilidade, ou não, do emprego de holding (empresa veículo) para a realização de investimento e, posteriormente, com sua incorporação, estarem presentes os pressupostos para a dedutibilidade do ágio registrado, nos moldes do art. 7º, da Lei 9.532/97 e arts. 385 e 386, do RIR/99, vigente à época dos fatos, no presente caso, ainda tendo em consideração o processo de desestatização do sistema Telebrás.

Para defender seu posicionamento, o contribuinte sustenta, inicialmente, que a mesma operação ora analisada foi objeto de análise da 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF no processo administrativo 10880.721767/2010-41, concluindo pela legitimidade da amortização do ágio.

Contudo, a referida decisão foi objeto de recurso especial por parte da Fazenda Nacional e, através do v. acórdão 9101-003.344, por voto de qualidade, a decisão foi reformada, estando pendente a análise de embargos de declaração opostos pelo contribuinte.

Em relação ao segundo paradigma, contudo, verificou-se que a decisão tornou-se definitiva pela inexistência de recurso especial por parte da Fazenda Nacional.

Voltando ao recurso do contribuinte, este afirma que as empresas investidoras Bitel e UGB formaram consórcio para participação no leilão do serviço de telefonia e que seguiram o *script* imposto pela Lei 9.532/97, confiando que teria direito à amortização do ágio, uma vez que a dedutibilidade do ágio serviu como incentivo para tornar mais atrativa a desestatização dos serviços públicos, propiciando à União o recebimento de propostas mais vultosas. Que, ato contínuo à arrematação, a UGB vendeu a sua parte no investimento para a Bitel, que passou a ser controladora direta da TNC e indireta de outras operadoras de telefonia celular da região Nordeste do Brasil.

Ressalta que, para atender ao quanto disposto no v. acórdão recorrido, a BITEL poderia simplesmente incorporar a TNC e as demais operadoras de telefonia, ou ser incorporada pela TNC ou qualquer das outras operadoras, sendo que, em qualquer desses cenários, seria inquestionável a possibilidade de amortização do ágio pago.

Mas essas possibilidades diretas eram vedadas pela Instrução CVM 19, combinada com a Lei Geral de Telecomunicações e por determinações da ANATEL, que tinha a competência e responsabilidade de analisar toda e qualquer operação societária vinculada com as empresas adquiridas no programa de desestatização do sistema Telebrás, razão pela qual levou-se a termo um modelo de reestruturação que atendesse a legislação que permitia a amortização do ágio e que não ofendesse a legislação societária e regulatória.

Em resumo, a BITEL integralizou suas ações da TNC na holding 1B2B, fazendo a contabilização de acordo com a legislação, ou seja, custo de aquisição do investimento entre equivalência patrimonial e ágio.

A partir desse primeiro movimento societário, outros se seguiram, permanecendo, ao final, a própria BITEL e a Telpe, que foi renomeada para TIM Nordeste Telecomunicações S/A, que é a ora Recorrente e foi quem teve a amortização de ágio glosada pela fiscalização.

Acrescenta o contribuinte, por fim, que “o CARF vem reconhecendo como regular a amortização do ágio mediante reestruturação que se utilize ‘empresa veículo’, desde

que sua formação encontre fundamento em razões extrafiscais, como ocorre no caso concreto, passando a transcrever ementas de julgados CARF nesse sentido.

Já tive oportunidade de tratar de razões extrafiscais, que justificam a utilização de holding para fins de transferência de ágio, em situação similar a atual, decorrente de privatizações no setor elétrico (Caso CTEEP, julgado e mantido por esta CSRF em junho de 2018 - Ac. 9101-003.609).

Lá, como aqui, a agência reguladora, aqui a ANATEL, lá a ANEEL, à vista da legislação aplicável, no intuito de manter a concorrência, proteger dividendos de acionistas minoritários, tinham a incumbência de analisar toda e qualquer movimentação de natureza societária nas empresas a ela subordinadas para fins de fiscalização regulatória.

Uma das vedações de natureza societária foi perpetrada pela Instrução CVM 19, que impossibilitou que a Bitel incorporasse diretamente a TNC, ou vice-versa, o que garantiria a amortização do ágio sem quaisquer questionamentos de natureza fiscal. Ora, se essa possibilidade fiscal foi restringida por atuação de terceiros, ainda que no exercício de seu poder de regulação e fiscalização, não se pode deixar de concluir que a criação da holding tinha uma razão de natureza extrafiscal para ser criada, não se resumindo a questões meramente fiscais.

Tive a oportunidade, durante esse tempo que atuo como Conselheiro nas turmas ordinárias e, agora, perante este Colegiado, de analisar diversas operações em que o fundamento do auto de infração de IRPJ e CSLL é a glosa de despesas com amortização de ágio e, em diversos momentos, votei pela indedutibilidade dessas despesas por não vislumbrar, nos casos analisados, a independência das partes vendedora e compradora, o efetivo pagamento do preço ou, ainda, não se verificar que o ágio tenha por fundamento a expectativa de rentabilidade futura, conforme exigido pela legislação de regência.

Por outro lado, nas poucas oportunidades em que me deparei com a ocorrência CUMULATIVA dos requisitos acima, me posicionei pelo atendimento do disposto na legislação de regência e, portanto, pela dedutibilidade do ágio.

Isso posto, transcrevo abaixo a ementa do referido acórdão 1402-002.454, por mim relatado, na qual estão, a meu ver, os requisitos essenciais para a verificação da dedutibilidade de despesas com ágio:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ÁGIO INTERNO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Os requisitos previstos nos artigos 7º, inciso III e 8º da Lei nº 9.532/97 são autorizadores da amortização do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura. São eles: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; e iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura. Restando suficientemente comprovado nos autos o atendimento adequado a todos os requisitos, não deve subsistir a glosa fiscal equivocada em enquadrar tal

operação idônea como aparente abuso de planejamento fiscal, ainda mais sem efetiva comprovação do alegado.

Mais uma vez, o assunto “utilização de empresa veículo” não é novo e este Colegiado já se posicionou, em outras oportunidades, sobre dedutibilidade ou não de despesas de ágio nas diversas circunstâncias que os inúmeros casos concretos propiciam ocorrer.

A legislação que rege a dedutibilidade do ágio, no caso em exame, está disposta no art. 7º, da Lei 9.532/97, regulamentado pelos arts. 385 e 386, do RIR/99, vigentes à época dos fatos.

Como já mencionado, são três os requisitos essenciais para a verificação da dedutibilidade, ou não, de uma despesa com ágio:

- i) O efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;
- ii) A realização de operações originais entre partes não ligadas;
- iii) Lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Da análise do v. acórdão recorrido, em perspectiva com o disposto nos paradigmas e recurso especial do contribuinte, cujas principais partes foram acima mencionadas, observa-se que foi confirmado que as partes contratantes eram independentes, foi feito o pagamento do preço de aquisição, inclusive ágio e, o laudo de avaliação do investimento, com base na expectativa de rentabilidade futura não foi questionado. Veja-se o disposto no próprio acórdão recorrido, voto vencedor (p. 4086):

De fato, não se discute nos autos a existência do ágio registrado pela Bitel, em razão da aquisição de participação societária na empresa TNC, realizado no âmbito de leilão de desestatização do Sistema Telebrás.

No mesmo sentido, não há qualquer questionamento quanto às operações de compra e venda entre Bitel e União, e Bitel e UGB, todas partes não relacionadas, com a geração do ágio correspondente.

Conforme bem exposto pelo ilustre Conselheiro Relator, a “questão controvertida, reside no conjunto de operações realizada posteriormente pelas empresas sucedidas pela Recorrente, que, no entender da fiscalização e da DRJ, tiveram como objetivo exclusivo transferir o ágio para a Recorrente e possibilitar a sua amortização, em abuso de direito contra a Administração Fiscal, a autorizar a desconsideração dos atos praticados”.

Ou seja, o ponto principal a fundamentar o v. acórdão recorrido está centrado num suposto abuso de direito do contribuinte nas operações de reestruturação levadas a termo previamente à possibilidade de dedução/amortização do ágio.

Em que pese os contornos e delineamentos que envolveram o processo da reorganização societária em comento permitir inferir tratar-se de um caso típico de planejamento tributário, não se pode taxá-lo de abusivo sem comprovar os abusos, notadamente porque, apesar de o uso da despesa com ágio proporcionar redução do IRPJ e CSLL devidos pela Recorrente, fato é que, na outra ponta da equação, os vendedores deveriam

recolher os impostos devidos pelo ganho de capital na venda que realizaram e, se a parte vendedora é a própria União, a possibilidade de amortização do ágio garantiu-lhe obtenção de ágio maior pelos ativos que estavam sendo vendidos, devidamente amparado na legislação de regência pertinente à desestatização das telecomunicações no Brasil.

Há propósito negocial na operação e não se pode concordar que o ágio em questão tenha sido “gerado artificialmente”.

Não se discorda que a 1B2B foi criada com o intuito de ser, ao final da reorganização, incorporada e extinta. Fez, de fato, papel de holding patrimonial, que era seu objetivo e, paralelamente, de uma empresa veículo; mas, ao contrário dos casos típicos de ágio interno, neste as partes compradora e vendedora não são relacionadas e houve o efetivo desembolso de dinheiro na aquisição de participação societária.

E, em adição, foi compelido por terceiros, no contexto das privatizações, que houvesse a incorporação direta da empresa investida pela investidora, ou vice-versa, fato que, por si só, demonstra que a criação da holding 1B2B também teve motivação extrafiscal.

Por fim, é importante ressaltar que o “modus operandi”, com a utilização de uma “empresa veículo” para se atingir os fins tributários almejados, era normal à época dos fatos, notadamente pelo disposto no art. 8º, da Lei 9.532/97. E, nesta norma, não havia referente a “investidor original” ou “investida original”. A exigência legal é de que o investimento adquirido com ágio, regularmente contabilizado, poderá ser deduzido quando houver confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida, caso ocorra incorporação reversa.

Finalmente, da operação não resultou economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo.

Como já pude manifestar em casos anteriores, entendo que a existência da empresa veículo é mero fato indiciário, não probatório, em desfavor do contribuinte. Em outras palavras, sua constituição deve ser vista com cautela, mas, presentes todos os demais elementos autorizadores da amortização do ágio, ainda mais dentro de um ambiente de privatizações e de exigências de mercado altamente regulado, tal indicio não se confirma em prova.

Muito usual utilizar-se da expressão “é preciso ver o filme, e não a foto” da operação. Concordo! Contudo, é preciso também voltar no tempo, colocar-se no lugar dos atores desse filme para ver se era razoável exigir deles conduta diversa daquela tomada, ou ainda, se a conduta tomada era vista, naquele momento do tempo, ainda no século, como abusiva.

Concluo, assim, que a simples presença de empresa veículo em operação de reestruturação societária, com compra e venda de participação societária com ágio, devidamente pago, com preço firmado entre partes independentes e não relacionadas e lastreado em laudo de perspectiva de rentabilidade futura, não é suficiente, isoladamente, para afastar a dedutibilidade do ágio corretamente escriturado nos moldes da legislação contábil e fiscal.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso especial do contribuinte, reformando o v. acórdão recorrido na parte recorrida.

Processo nº 19647.009690/2006-99
Acórdão n.º **9101-003.972**

CSRF-T1
Fl. 16.825

É o voto.

(assinado digitalmente)
Demetrius Nichele Macei

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante a substancial argumentação apresentada pelo i. Relator, abro divergência em relação ao mérito.

Foi devolvida para apreciação a matéria "possibilidade de utilização de holding – empresa veículo – para amortização do ágio".

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

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

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

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

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º

da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

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

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

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

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

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a

preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (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 cisão².

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 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ 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.

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 SCHOUERI⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁵ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em

contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁶.

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

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

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

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

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

⁷ 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 o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal,

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Transcrevo novamente as operações societárias:

- em maio de 1998, a Telebrás é cindida parcialmente dando origem a várias empresas, dentre as quais a TELE NORDESTE CELULAR PARTICIPAÇÕES ("TNC"), holding controladora das empresas prestadoras do serviço móvel celular das operadoras TELPE CELULAR S.A. ("TELPE"), TELEPISA CELULAR S.A. ("TELEPISA"), TELECEARÁ CELULAR S.A. ("TELECEARÁ"), TELPA CELULAR S.A. ("TELPA"), TELASA CELULAR S.A. ("TELASA") e TELERN CELULAR S.A. ("TELERN");

- em julho de 1998, no leilão de privatizações, as ações ordinárias da TNC detidas pela União foram adquiridas pela BITEL PARTICIPAÇÕES S.A. ("BITEL") e UGB PARTICIPAÇÕES S.A. ("UGB"), com sobrepreço (ágio);

- em fevereiro de 1999 a BITEL adquire da UGB a participação da TNC, ou seja, a UGB deixa de ser controladora da TNC;

- em janeiro de 2000, é criada a empresa 1B2B PARTICIPAÇÕES LTDA ("1B2B"), com capital social de R\$1.000,00

- em março de 2000, a 1B2B passa a ser uma S.A. e ocorre aumento do seu capital social, de R\$1.000,00 para a ordem de 673,262 milhões de reais, mediante a conferência de ações da TNC detidas pela BITEL. Assim, a BITEL controla diretamente a 1B2B, que controla diretamente a TNC;

- em abril de 2000, ocorre a incorporação da 1B2B pela TNC, e volta-se à situação de fevereiro de 1999, no qual a BITEL controla diretamente a TNC;

- em maio de 2000, a TNC é cindida, sendo o ágio transferido para as controladas TELPE, TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN;

- em janeiro de 2004, ocorre a incorporação das empresas TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN pela TELPE. A TELPE altera a razão social

para TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES ("TIM NORDESTE"). Em 31/12/2009 a TIM CELULAR S/A incorporou a TIM NORDESTE.

O ágio discutido pelo recurso especial da PGFN teve com origem na aquisição das ações ordinárias da TNC. A BITEL era controladora direta da TNC. Com a criação da 1B2B e a conferência das ações da TNC para a 1B2B, a BITEL controlava diretamente a 1B2B e a 1B2B controlava diretamente a TNC.

Na sequência, com a incorporação da 1B2B pela TNC, retomou-se à situação anterior, qual seja, BITEL controla diretamente a TNC. Posteriormente, a TNC foi cindida, "distribuindo-se" o ágio entre as suas controladas TELPE, TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN, para depois ocorrer a incorporação da TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN pela TELPE. Conforme "Protocolo e Justificação da Incorporação da 1B2B na TNC", a incorporação deu-se exatamente porque entendida a Contribuinte que se consumaria a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que permitiria o aproveitamento da despesa do ágio para fins fiscais.

O que se observa é que tal interpretação não encontra amparo na legislação.

A BITEL adquiriu, com sobrepreço, a participação da TNC. Posteriormente, criou a empresa 1B2B, de "prateleira", criada com capital social de R\$1.000,00, efêmera, artificial, deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição da TNC. A 1B2B é **precisamente a "empresa-veículo" denominada nos presentes autos**. E logo depois, a 1B2B foi incorporada pela TNC, ou seja, voltou-se à situação anterior, no qual a BITEL era controladora da TNC.

O mencionado "Protocolo e Justificação da Incorporação da 1B2B na TNC" reflete com clareza a intenção da Contribuinte em criar empresa sem substância unicamente para buscar a hipótese de incidência permissiva de aproveitamento de despesa. O ágio depois foi sendo transferido, primeiro, da TNC (cindida parcialmente) para as empresas TELPE, TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN, e posteriormente, concentrou-se na TELPE (que incorporou a TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN). A TELPE passou a se denominar TIM NORDESTE e, enfim, a Contribuinte incorporou a TELPE.

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

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

A pessoa jurídica **investidora** é a BITEL que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. O fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado de **maneira efêmera** pela 1B2B, denominada como "empresa-veículo", **não lhe conferem a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi a BITEL a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do presente voto).

Ocorre que o evento de incorporação não contou com a participação da BITEL. Não estava presente a pessoa jurídica **investidora**. Os eventos descritos contaram com a TNC (investida), TELPE, TELEPISA, TELECEARÁ, TELPA, TELASA e TELERN.

A utilização da empresa 1B2B (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a pessoa jurídica investidora do evento de incorporação. Além disso, a posterior transferência para diversas empresas tornou ainda mais distante qualquer possibilidade de se aproveitar a despesa.

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

Tal aspecto já justifica na integralidade, por si só, a manutenção da autuação fiscal.

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**item 6** do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável. As transações ocorreram entre partes não que eram independentes, e mais, com utilização de empresa sem substância, de "prateleira", a 1B2B, a denominada "empresa-veículo".

Portanto, assiste razão à PGFN, ao discorrer sobre a "inedutibilidade do ágio", tendo em vista que não se consumou a hipótese de incidência que prevê o encontro de contas entre investidor e investimento, além da utilização de empresa dotada de artificialidade. A utilização de empresa intermediária (1B2B) afasta a possibilidade de atendimento dos aspectos pessoal e material da norma.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura