



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.722444/2013-51
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-005.778 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 9 de setembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A

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

Ano-calendário: 2008

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Daniel Ribeiro Silva e Caio Cesar Nader Quintella que votaram pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial com retorno dos autos ao colegiado a quo para apreciação da responsabilidade tributária e da multa qualificada, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Daniel Ribeiro Silva que votaram por negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella. Manifestaram intenção de apresentar declaração de votos os conselheiros Livia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintella.

(documento assinado digitalmente)

ANDREA DUEK SIMANTOB – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella,

Andrea Duek Simantob (Presidente). Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, substituído pelo conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1302-001.977, na sessão de 14 de setembro de 2016, no qual foi dado provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL.

A contagem do prazo decadencial deve considerar como termo *a quo* a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o que no caso de IRPJ/CSLL, para as empresas que optam pelo lucro real anual, é o final do ano-calendário, em 31/12. A glosa de despesas pela amortização de ágio por influenciar na apuração do tributo anual, desde que realizada no quinquídio legal, não é alcançada pela decadência, ainda que a operação comercial que gerou o referido ágio tenha ocorrido há mais que cinco anos, em vista da repercussão que os efeitos gerados acarretam em exercícios financeiros futuros. Os efeitos destas operações podem ser revistos pela autoridade lançadora e, constituindo infração tributária, proceder-se aos lançamentos tributários, desde que dentro do quinquídio legal.

NULIDADE. ALTERAÇÃO CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não caracteriza a hipótese mencionada no artigo 146 do CTN, alteração de critério jurídico, o fato de a Administração Tributária ter procedido a diligências na contribuinte, sem haver culminado em procedimento regular de lançamento tributário, ou haver qualquer ato escrito pelo qual a Administração Tributária proferiu juízo de valor sobre a matéria posteriormente levada à tributação em procedimento regular de fiscalização e conseqüente lançamento tributário.

NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto n.º 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material.

SIMULAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. NEGÓCIO INDIRETO.

Não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.

ABUSO DE DIREITO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, CTN. INAPLICÁVEL.

O parágrafo único do art. 116 do CTN é uma norma de eficácia limitada, pois só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.

Se a Lei Complementar 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não há como tal condição ser dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2008

NULIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Os princípios do contraditório e do exercício da ampla defesa não são aplicáveis ao procedimento de fiscalização, enquanto não instaurada a fase litigiosa do processo administrativo fiscal. Não resta caracterizado o cerceamento de defesa, causa de nulidade processual, quando constata-se que o contribuinte defendeu-se amplamente dos fatos e infrações contra si impostas, não sofrendo prejuízo ou restrição ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados no ano-calendário 2008 a partir da constatação de apropriação indevida de despesas de amortização de ágio, com acréscimo de multa qualificada e imputação de responsabilidade tributária a Ueze Elias Zahran. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 1606/1643). O Colegiado *a quo*, por sua vez, rejeitou, por unanimidade de votos, *as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas, e, no mérito, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, vencidos a Relatora* (Ana de Barros Fernandes Wipprich) *e os Conselheiros Marcelo Calheiros Soriano e Luiz Tadeu Matosinho Machado* (e-fls. 1748/1796).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN em 13/10/2016 (e-fl. 1797) e em 22/11/2016 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 1797/1842 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1845/1851, do qual se extrai:

Em **13/10/2016**, o processo foi encaminhado à PGFN (e-fl.1797). Presume-se intimada a Fazenda no prazo de 30 dias, logo, **afigura-se tempestivo o recurso interposto em 22/11/2016**.

O recurso especial tem por escopo a uniformização da jurisprudência administrativa, cabendo ao recorrente demonstrar a existência de decisão que dê à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

A Fazenda Nacional apresentou recurso especial onde suscita divergência em relação à **amortização de ágio interno**.

Em relação ao tema a Fazenda apresenta acórdãos paradigmas da 1ªturma da CSRF n.9101-002.300 (de 07/04/2016) e n.9101-002.301 (de 06/04/2016). Transcreveu inteiro teor das ementas no corpo do recurso.

O primeiro paradigma possui a seguinte ementa:

[...]

No paradigma, foi negado provimento ao recurso do contribuinte para manter a glosa de despesa de amortização de ágio. Entendeu-se que a geração de ágio interno, dentro de um mesmo grupo econômico, é artificial, não podendo ser amortizado e que não há previsão legal para transferência de ágio por intermédio de outras pessoas jurídicas. Concluiu que a amortização de ágio é uma despesa, que deve atender a requisitos temporal, pessoal e material.

Transcreveu trechos do paradigma, dos quais retiro os excertos abaixo:

[...]

Por sua vez, no acórdão *a quo*, admitiu-se a dedutibilidade de ágio interno, dentro de um mesmo grupo econômico, com a utilização de pessoa jurídica desprovida de propósito negocial, que não a transferência do ágio. E por isso, de acordo com o aresto, não houve simulação, tendo em vista que a empresa cumpriu seu propósito. Tal conclusão vai de

encontro à necessidade de satisfação do aspecto pessoal tratado no paradigma. Transcrevo trecho do recorrido:

[...]

De fato, resta clara a divergência de interpretação em relação à legislação tributária que trata da amortização de ágio (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97; nos arts. 299, 385 e 386 do RIR/99; art. 36 da Lei nº 10.637/02, e art. 116, do CTN).

Faz-se mister uma análise das situações fáticas das quais se originaram as decisões.

No presente caso, a reorganização societária envolveu 3 empresas: **Copagaz** (recorrida), **MS** (MS Adm e Participações S/A) e **SIGMA** (Sigma Participações S/A). A partir do TVF (e-fls.1493-1503) destacamos as operações mais relevantes:

- Em dez/2003 foi elaborado o Laudo de Avaliação Econômica, onde a **Copagaz** foi avaliada em R\$ 209,1 milhões;

- Em jan/2004, ainda constava como sócios da **Copagaz** o sócio Ueze Elias Zahran (R\$ 17,00) e a empresa **MS** (R\$ 17,3 milhões);

- O **Sr. Ueze** também é sócio e diretor-presidente da **MS**, desde dez/1998. Em verdade, ele era sócio e administrador de fato das 3 empresas;

- Em mar/2003 foi criada a empresa **SIGMA** (*comércio atacadista de artigos de escritórios e papeleria, holdings de instituições não-financeiras*);

- Em jan/2004, a **MS** ingressa no quadro societário da **SIGMA**, com capital social de R\$ 950,00, juntamente com o Sr. Antonio Carlos Moreira Turqueto, como sócio administrador e participação de R\$ 50,00. A **SIGMA** e **MS** tinham mesmo endereço.

- Após o Laudo de Avaliação da Copagaz, a **MS** conferiu em integralização do capital social de sua controlada **SIGMA** a participação societária que detinha na **Copagaz**, no valor de R\$ 209.196.000,00, procedendo-se ao aumento de capital social da **SIGMA** para R\$ 209.197.000,00, assim distribuído: Sr. Antonio Carlos Moreira Turqueto com R\$ 50,00 e **MS** com R\$ 209.196.950,00.

- A **SIGMA** registrou o "investimento" em questão em valor patrimonial contábil R\$ 29.691.644,02 e ágio de R\$ 179.504.355,98, baseado em rentabilidade futura do investimento.

- Ato contínuo a **SIGMA** é admitida como sócia da **Copagaz**, com participação na sociedade no valor de R\$ 17, milhões, mediante a saída da **MS** do quadro societário da **Copagaz**, mas tendo permanecido na condição de sócia da **SIGMA**.

- A **SIGMA** passou a ser controladora da **Copagaz**, com 99,99% do capital social. Completando a operação, a **Copagaz** (controlada) incorporou a **SIGMA** (controladora), recepcionando o ágio contabilizado, para utilizá-lo na apuração do resultado, reduzindo o lucro real apurado.

- A **SIGMA** teve duração de aproximadamente 1 ano e 3 meses, sem que tenha realizado qualquer atividade, o que restou comprovado pelas suas declarações (GFIP sem movimento, DIPJ/04 de inativa e DIPJ/05 apenas com operação de incorporação).

No que diz respeito à situação fática abordada no paradigma, transcrevo trecho do voto:

Este efetivo desembolso de valores relativos à "mais valia" do investimento não se verificou no caso dos autos. É fato incontroverso que a integralização do capital social da empresa MARUMBI se deu com a cessão gratuita, pelos controladores PINE, GRALHA e BORDIN, das quotas da BARIGÜI, após reavaliação que atualizou o valor desta última. Sendo assim, o ágio contabilizado na MARUMBI deveu-se não a um investimento efetivo realizado com expectativa de resultados futuros positivos, mas a um procedimento de reavaliação do valor das quotas da BARIGÜI.

(...) No caso sob análise, o ágio contabilizado pela contribuinte decorreu de uma anterior reavaliação de seus ativos, não tendo sido verificado nenhum dispêndio

que viesse a satisfazer os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência da benesse estabelecida no art. 386 do RIR/1999.(grifo nosso)

Vê-se portanto que em ambos os casos, os investimentos realizados foram consequência de reavaliação de ativos, sem que houvesse qualquer dispêndio efetivo. Por conseguinte, vislumbro situações fáticas semelhantes a ensejarem conclusões distintas.

Logo, considero que a Recorrente logrou êxito em demonstrar a divergência em relação à amortização do ágio. Comprovada a divergência em relação ao primeiro paradigma, despicienda a análise do segundo.

O recurso atende aos demais requisitos de admissibilidade. Diante do exposto, com fundamento no art.67, do anexo II do RICARF, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao Recurso Especial interposto pelo Fazenda Nacional.

A PGFN aduz que *a questão central do acórdão em tela reside no direito de apropriação do ágio da incorporada (artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97), em uma típica situação de ágio interno. Conforme já afirmado, a fiscalização concluiu que a reorganização societária com a utilização flagrante de uma empresa-veículo não teve qualquer propósito negocial, tratando-se de operações fictícias cujo único objetivo foi o aproveitamento indevido do ágio gerado pela expectativa de rentabilidade futura para constituir despesas que reduzissem indevidamente o lucro líquido da "Copagaz" em diversos anos.*

Na demonstração do dissídio jurisprudencial, a PGFN ressalta *que o voto vencido do acórdão recorrido deixa claro que a situação fática versada na presente autuação consubstancia claro exemplo do chamado ágio interno, com a utilização de empresa-veículo, ao passo que o voto vencedor entendeu, fundamentalmente, que não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, uma vez que a empresa veículo teria sido constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.*

Observa ser incontroversos: *a ausência de pagamento efetivo do custo total da aquisição, a existência de operações entre empresas ligadas entre si e a falta de alteração do controle acionário após a absorção da empresa adquirida com ágio.* Ainda assim, o voto vencedor do acórdão recorrido *relevou tais óbices, admitindo a plena dedutibilidade de ágio interno, com a utilização de empresa-veículo.* Conclui que as seguintes afirmações divergem frontalmente dos paradigmas n.º 9101-002.300 e 9101-002.301:

Para tanto, o voto vencedor afirmou que “os óbices para o registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura em operações entre empresas interligadas como também quando não houver a mudança de controle só surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 12.973/14”. Argumentou, “quanto à inexistência de efetivo pagamento, que não há norma que obste a integralização de capital com bens”. Admitiu “um déficit ético em tais normas”, mas concluiu que “não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como ‘empresa veículo’, nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos”. Por fim, quanto à falta de propósito negocial, sustentou que “não houve simulação” e que “o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário”.

Discorre sobre as premissas fáticas de decisão do recorrido e dos paradigmas, e conclui:

De fato, no caso concreto, assim como nos paradigmas, o contribuinte também faz parte de um grupo econômico de pessoas jurídicas que realizou operações de reorganização societária. A combinação dessas operações gerou um **ágio indevido internamente**, que teve reflexos na apuração do IRPJ e da CSLL. Note-se que, em ambos os casos, o contribuinte elaborou diversas reorganizações societárias, envolvendo empresas

vinculadas ao mesmo grupo econômico que numa sequência de operações de integralização de capital, incorporação e cisão parcial, gerou um ágio artificial que foi indevidamente aproveitado pelo grupo. Fica claro, portanto, que, diante de semelhante situação fática discutida no acórdão recorrido e nos paradigmas, foi dada solução jurídica diversa pelos órgãos julgadores.

Assim como no acórdão recorrido, o que se verifica nos acórdãos paradigmas é que são empresas submetidas ao mesmo controle acionário, que fizeram uma reavaliação com base em rentabilidade futura visando usufruir de um benefício fiscal previsto somente quando, efetivamente, há pagamento de ágio em operação de aquisição ou equivalente. Deste modo, o que se infere é que as operações de reorganização societária promovidas pelo grupo empresarial foram realizadas sem propósito econômico ou intuito negocial. Em todos os casos os fatos são similares. Entretanto, as soluções dadas pelos colegiados são inteiramente diferentes.

Ao revés do que decidiu a Turma *a quo*, a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais entendeu que a reorganização societária ocorrida entre as empresas do mesmo grupo econômico teve como intenção apenas forjar a existência de um ágio para reduzir o lucro tributável. Como se vê, é manifesta similitude fática entre as situações analisadas no acórdão recorrido e nos paradigmas. Nada obstante a identidade fática dos casos confrontados, os Colegiados adotaram entendimento jurídico divergente. Resta caracterizada, portanto, a divergência jurisprudencial, que se resume à dedutibilidade de ágio interno, com a utilização de empresa-veículo (ágio artificial gerado intragrupo).

Nesse contexto, é cristalina a demonstração de divergência acerca do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997; nos arts. 299, 385 e 386 do RIR/99; art. 36 da Lei nº 10.637/2002, e art. 116, do Código Tributário Nacional. Há, portanto, clara divergência interpretativa acerca da incidência e do alcance destes dispositivos legais. (destaques do original)

No mérito, afirma a impossibilidade de dedução do ágio interno sob os seguintes fundamentos:

A discussão nos presentes autos diz respeito à redução/exclusão indevida, a título de amortização de ágio de empresa incorporada, na apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, conforme descrição detalhada das operações no Termo de Verificação Fiscal.

Conforme constatou e comprovou a Fiscalização, em resumo, "*verifica-se que a despesa de amortização de ágio apropriada pelo contribuinte refere-se à incorporação de sua controladora, ocorrida no ano-calendário de 2004. Tal operação, denominada incorporação às avessas, onde a controlada incorpora a controladora, teve como única finalidade o não pagamento dos tributos federais devidos, configurando operação simulada, sem qualquer motivação extra tributária subjacente, ou seja, sem finalidade negocial, conforme demonstraremos a seguir*".

Antes, contudo, de aprofundar o caso concreto em análise, serão tecidas breves considerações sobre o ágio (ou deságio) e sua dedutibilidade (ou tributação) na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Em apertada síntese, entende-se por ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, ter-se-á ágio, se for menor, deságio. No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta do valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição).

Na apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via

de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), quando então o ágio ou deságio é considerado no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica a certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão, quando a inclusão da amortização do ágio ou deságio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. De acordo com o artigo 386 do RIR/99, o qual repete os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o valor de mercado utilizado for embasado na previsão dos resultados de exercícios futuros, é possível desde já a dedução ou tributação da amortização do correspondente ágio ou deságio na apuração do IRPJ e da CSLL. Considera a legislação tributária que o investimento foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão. Tal dedução ou tributação, contudo, observará certas condições estipuladas na legislação (por exemplo, 1/60 no mínimo para cada mês do período de apuração).

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

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

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

Nesse esteio, o artigo 385, parágrafo 2º, do RIR/99, *in fine*, o qual repete o conteúdo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu fundamento econômico uma das seguintes hipóteses: *I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

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

[...]

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de **substrato econômico** à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o **valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante**. A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o **dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante**. Sem essa

troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio.

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

[...]

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

[...]

Mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio auferido por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante desses dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil. **A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio.**

A questão posta nos presentes autos é a seguinte: **um ágio criado internamente é hábil a gerar uma despesa dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99?**

A resposta é óbvia: não!!!

Como já delineado acima, o artigo 386 do RIR/99 dispõe que o ágio **criado com supedâneo na previsão de rentabilidade futura de uma empresa** poderá gerar despesa dedutível na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. O propósito negocial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária.

Outrossim, mesmo que se considere como válido o propósito negocial eleito pela Recorrente e se reconheça como oriundo de transações entre partes independentes, destaca-se que o registro que originou a criação do ágio fora cancelado com a posterior incorporação de uma empresa pela outra.

Com efeito, é notório que uma sociedade não pode ser sócia dela mesma. Não pode uma empresa deter em seu ativo participação societária própria. O capital social de uma sociedade, do qual cada sócio tem participação, faz parte do patrimônio líquido da empresa e visa a permitir a persecução do seu objeto social.

Como já salientado, essa é a consequência normal quando uma empresa incorpora outra na qual detenha participação societária, daí porque o artigo 386 do RIR/99 (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997) autoriza, em condições onde o ágio ou deságio foi criado verdadeiramente, a amortização dessa diferença na conta de resultado da incorporadora. Como a incorporadora perde o investimento realizado pela incorporada, ameniza-se o prejuízo admitindo a dedução da sua aquisição na conta de resultado da empresa.

No presente caso, o propósito negocial que deu origem ao ágio era a sua própria criação, um fim em si mesmo.

O ágio criado com a engenharia societária não teve, assim, qualquer propósito negocial, sua finalidade foi estritamente tributária: reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga.

Não apresentando propósito negocial e substrato econômico ao seu surgimento, **o ágio ora em discussão não existiu**, tendo sido criado somente *no papel*. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e nem eficaz para ser amortizado na conta de resultado da contribuinte**, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio. O caso dos presentes autos não se submete a essa norma uma vez que **o ágio absorvido pela incorporadora não existiu, pois fora criado somente de forma artificial**. Materialmente ele nunca ocorreu. Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação. **Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado.**

Outrossim, compulsando a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir tal benefício fiscal, senão vejamos:

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

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

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

Vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pela Recorrente junto com o seu grupo econômico. O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que **essa diferença econômica realmente exista. O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.**

Além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pela Recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. **A despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro líquido não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.**

Mesmo se não tivéssemos enveredado pela ausência de propósito negocial ou sobre a discussão de tratar-se ou não de ágio interno, **ainda assim** a dedutibilidade deste ágio seria impossível. Isso porque há inobservância de requisitos legais expressos para a amortização do ágio efetivamente pago.

Com efeito, a legislação exige o seguinte para permitir a dedutibilidade (RIR/99):

[...]

Ora, **a permissão legal** para que a empresa resultante de incorporação, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa amortizar esse ágio (despesa dedutível), **exige a absorção** do patrimônio da incorporada; de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece a “confusão patrimonial do investimento”, ou seja, o ágio pago na aquisição das ações de A em B resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

Dessa forma, requisito legal específico, constante da legislação aplicável à matéria, não foi cumprido, qual seja: a **absorção do patrimônio da empresa que de fato realizou o investimento**.

Parece-nos claro, portanto, mais um motivo (**legal expresso**) que obsta a amortização de ágio levada a termo pela Contribuinte Recorrente.

A fim de demonstrar a pertinência do entendimento aqui exposto quanto à indedutibilidade do ágio criado de **forma artificial**, transcrevem-se os seguintes acórdãos deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os quais analisaram situações fáticas em tudo assemelhadas ao presente caso:

[...]

Por oportuno, transcrevemos abaixo excertos de artigo2 do Dr. Miquerlan Chaves Cavalcante, Procurador da Fazenda Nacional, *verbis*:

[...]

Por fim, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tem-se inclinado a exigir, conforme aqui defendido, além do propósito negocial, que as operações não sejam travadas entre empresas sob controle comum (ágio interno). Nesse sentido, cabe transcrever o teor do já mencionado acórdão n. 1301-00058, lavrado pelo i. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães:

[...]

Por fim, o escopo das operações foi vislumbrado no voto-vencido, que acompanha o acórdão recorrido:

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

Pede, assim, que o recurso especial seja conhecido e provido, *para reformar o acórdão recorrido, mantendo-se o lançamento em sua integralidade*.

Cientificada em 05/04/2017 (e-fls. 1858), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 20/04/2017 (e-fls. 1860) nas quais afirma a ausência de similitude fática entre os acórdãos comparados, vez que o fundamento do acórdão recorrido foi o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 e a PGFN discute a inaplicabilidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e arts. 385 e 386 do RIR/99, apresentando paradigmas que estão pautados nesses dispositivos legais, adotando, assim, razões de decidir distintas do recorrido. Ademais, *no Recurso Especial não foi mencionado se as operações dos acórdãos paradigmas se deram no mesmo período daquela da RECORRIDA e sob o mesmo fundamento legal*, e esta análise não poderia ser realizada *nesse momento em razão da vedação do reexame do conjunto probatório na via do Recurso Especial*.

Observa que a inexistência de simulação, abuso de direito ou fraude foi definida a partir a partir daquela referência normativa e da necessidade de *baixa do ganho de capital na Parte B do Lalur*, Já os paradigmas indicados entenderam pela ocorrência de simulação, a evidenciar a *dissonância fático-jurídica* entre os acórdãos comparados.

Acrescenta que também foi analisado *de forma pormenorizada o negócio jurídico realizado, com base nas provas carreadas aos autos, o que culminou no afastamento da simulação, fraude ou dolo no presente caso*, razão penal qual seria necessária *reanálise das provas para eventual reforma do acórdão recorrido*. Assevera que *a RECORRENTE demonstra seu inconformismo na medida que se vale do Voto Vencido para ter suporte argumentativo, pois se tivesse utilizado somente o texto do Voto Vencedor, certamente ficaria perdida em sua tese recursal, exatamente pela convalidação do negócio jurídico conforme as leis da época dos fatos*. Pontua que a divergência construída com base nos argumentos do voto vencido induz às seguintes *questões referentes a análise de provas e não à interpretação da norma*:

- (i) As provas apresentadas pela RECORRIDA, relativas as constituições das empresas, substância e validade do negócio jurídico estão lastreadas em documentos contábeis/fiscais idôneos, ainda que parciais?
- (ii) esses documentos contábeis refletem os fins do negócio jurídico?
- (iii) os lançamentos das despesas realizados pela RECORRIDA estão em consonância com a norma indicada como suporte no Voto Vencedor do acórdão recorrido para cancelamento das glosas?
- (iv) há o registro do ganho de capital na Parte B do LALUR?

Requer, assim que seja negado conhecimento ao recurso fazendário e, no mérito, invoca o acórdão recorrido por seus próprios termos, destacando, em especial, o registro do ganho de capital *na outra "ponta da operação"* e a inexistência de abordagem a respeito no recurso fazendário. Discorda, assim, da glosa promovida *haja vista*:

- a) a confirmação da existência das operações;
- b) a observância dos ditames legais;
- c) a evidente bitributação derivada dessa glosa, vez que o ganho de capital ainda haverá de ser tributado quando de sua realização.

Conclui, dessa forma, que se conhecido o recurso especial, deve ser-lhe negado provimento.

Em 28/11/2017 a Contribuinte juntou aos autos o Parecer de e-fls. 1897/1984, no qual o Prof. Roque Antonio Carrazza assim responde aos quesitos formulados:

1º) No decorrer do ano de 2004, mais precisamente em 12/08/2004, a MS Administração e Participações S/A (MS) aumentou o capital social da Sigma Participações S/A (Sigma) mediante a conferência da participação societária por ela (MS) detida na Copagaz a valor de mercado, com a consequente apuração de ganho de capital pela MS, controlado na Parte B do LALUR, e de ágio pela Sigma no montante de R\$ 179.504.355,98. Para tanto, a participação na Copagaz havia sido avaliada com base em laudo, que teve como fundamento econômico o valor de rentabilidade da Copagaz, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros. Ato contínuo, em 16/09/2004, a Copagaz incorporou a Sigma, em razão do que passou a deduzir das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL a parcela correspondente à amortização do referido ágio. MS, por sua vez, mantém o ganho de capital decorrente de tal operação controlado no LALUR até hoje. Diante de tal situação, pergunta a Consulente se o tratamento tributário atribuído às consequências dos eventos societários acima descritos está de acordo com os artigos 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, e do artigo 36, da Lei nº 10.637/2002, na redação vigente em 2004?

Resposta: Sim. O tratamento tributário dispensado às consequências dos eventos societários acima descritos, está de acordo com o disposto nos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997, bem como no art. 36, da Lei nº 10.637/2002, na redação vigente em 2004.

Melhor explicitando:

I -A incorporação da controladora (a Sigma), por sua controlada (a Consulente) - operação também conhecida como "incorporação às avessas" (downstream merger) - se deu numa época em que ela era não apenas autorizada, mas incentivada pela legislação.

II - De fato, os arts. 34, do Decreto-lei nº 1.598/1977, e 7º, III, da Lei 9.532/1997, já consideravam dedutível - no mínimo em cinco ou no máximo em dez anos - o ágio, por expectativa de rentabilidade futura.

IIa - A par disso, o art. 8º, b, da mesma lei, esclarecia que tais dispositivos eram aplicáveis, mesmo em havendo "incorporação às avessas".

III - De seu turno, o precitado art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, embora, em seu § 1º, considerasse o ágio ganho de capital - computável, pois, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL - diferia tal inclusão, para o momento em que a participação societária fosse alienada, liquidada ou baixada (cf. §1º, I e II, do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002).

IIIa - É o que, de resto, vai ocorrer, quando houver a alienação da participação societária: aí, sim, haverá ganho de capital, a ser tributado por meio de IRPJ e de CSLL.

IV - Por fim, o § 2º, do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, estabelecia, com todas as letras, que *"não será considerada realização a eventual transferência da participação societária, incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º"*.

V- Força é convir, pois, que a Consulente, ao aproveitar o ágio surgido das operações societárias que realizou, adotou conduta perfeitamente lícita, eis que autorizada pelos arts. 7º e 8º, da Lei n.º 9.532/1997, bem como pelo art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, na redação vigente em 2004.

2º) O fato de as operações societárias realizadas por MS, Sigma e Copagaz, descritas no quesito 1, acima, terem sido realizadas durante o período em que vigorou o artigo 36, da Lei n.º 10.637/2002, afasta do caso objeto do Processo Administrativo n.º 19515.722.444/2013-51 a possibilidade de aplicação da jurisprudência relativa a ágio interno, formada no âmbito das decisões exaradas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais? Em outras palavras, a vigência do artigo 36, da Lei n.º 10.637/2002, deu respaldo jurídico às operações societárias realizadas por MS, Sigma e Copagaz, descritas no quesito 1, acima?

Resposta: Sim. O fato de as operações societárias realizadas por MS, Sigma e Copagaz, descritas no quesito anterior, terem sido realizadas durante o período em que vigorou o art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, afasta, do caso objeto do Processo Administrativo n.º 19515.722.444/2013-51, a possibilidade jurídica de aplicação da jurisprudência relativa a ágio interno, formada no âmbito das decisões exaradas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Em outras palavras, o então vigente art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, deu respaldo jurídico às referidas operações societárias.

Permitimo-nos observar, a propósito, que os demais óbices invocados no voto vencido da Relatora do feito, somente surgiram com o advento da Lei n.º 12.973/2014, pelo que, por razões óbvias, não podem prevalecer no caso concreto, por força da clássica regra *tempus regit actum*.

3º) Os julgados exarados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais utilizados pela Fazenda Nacional no Recurso Especial interposto nos autos do Processo Administrativo n.º 19515.722.444/2013-51 servem como paradigma, para fim de aceitação do aludido Recurso Especial e consequente reexame da matéria pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, tendo em vista que nenhum dos aludidos julgados abordou a realização das incorporações sob a égide do artigo 36 da Lei 10.637/2002?

Resposta: Não. Os acórdãos-paradigma juntados pela Fazenda Pública¹, não têm o condão de viabilizar o conhecimento do recurso especial por ela interposto (art. 67, do RICARF), uma vez que, nada obstante tratem da apuração do ágio, em operações societárias (arts. 7º e 8º, da Lei n.º 9.532/1997 e arts. 385 e 386, do RIR), não cuidam da legalidade da amortização do ágio, efetuada com base no art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, que vigorou até 1º de janeiro de 2006 (período em que foram realizadas as operações societárias em tela de discussão). Ou seja, as razões de decidir, bem como a fundamentação destas decisões, não se ajustam ao caso concreto.

Ademais, é ponto bem averiguado que o recurso especial não se presta ao simples reexame de prova. Mais uma razão, portanto, para que não seja sequer conhecido, quanto mais provido.

¹ Acórdãos n.ºs. 9101-002.300 e 9101-002.301.

4º) A utilização do disposto no artigo 36, da Lei n.º 10.637/2002, exige pagamento efetivo em numerário para que surta seus efeitos? Essa utilização poderia ensejar a aplicação do disposto no parágrafo único, do art. 116 do CTN, mesmo que ainda não regulamentado por lei ordinária?

Respostas: A Não. O art. 36, da Lei n.º 10.637/2002, não exigia, para produzir efeitos, o pagamento em numerário, do custo total da aquisição.

Na verdade, até hoje inexistia lei que impeça a integralização de capital com bens, pelo que não há falar em impossibilidade jurídica de aproveitamento do ágio, em não havendo efetivo pagamento, em moeda, do custo total da aquisição. Nunca é demais lembrar que "ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da CF).

Deste modo, não houve a pretendida (pelo Fisco) simulação, já que a Sigma foi constituída justamente para possibilitar a "incorporação às avessas" de que aqui se cogita, que levou, com base na legislação então vigente (arts. 7º e 8º, da Lei n.º 9.532/1997, c.c. o art. 36, da Lei n.º 10.637/2002), ao jurídico aproveitamento, pela Consulente, da despesa, com amortização de ágio. Noutros falares, o tratamento tributário dado ao ágio decorrente da "incorporação às avessas" realizada pela Consulente, estava de acordo com a legislação vigente em 2004.

B Não. Como o parágrafo único, do art. 116, do CTN, remete aos "*procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*", enquanto esta não for editada, as autoridades fazendárias estão impedidas de efetuar a desconsideração do ato ou do negócio que entendem inquinados de simulação.

Realmente, o dispositivo em foco não confere aos agentes do Fisco poderes discricionários para levarem a efeito a desconsideração das operações realizadas, mas, pelo contrário, condiciona a adoção de tal medida à observância de procedimentos, a serem fixados em lei ordinária.

Assim, sem prejuízo do quanto foi exposto, nas respostas aos quesitos anteriores, não é dado, à Fazenda Pública, à míngua da lei ordinária exigida pelo art. 116, parágrafo único, in fine, do CTN² desconsiderar atos e negócios que considere simulados.

Como quer que seja, absolutamente não houve, no caso concreto, a pretendida simulação

Os autos foram sorteados para relatoria do ex-Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que a devolução do processo à 3ª Câmara da 1ª Seção para fins de complementação do exame de admissibilidade do recurso especial interposto pela PGFN, por meio do confronto entre os entendimentos emprestados à legislação tributária pelo Acórdão n.º 1302-001.977 (recorrido) e pelo Acórdão n.º 9101-002.301 (segundo paradigma) (e-fls. 1985/1986). Em despacho de admissibilidade complementar, a divergência jurisprudencial foi também reconhecida em face do referido paradigma (e-fls. 1989/1996). Cientificada da complementação em 30/01/2019 (e-fl. 2000), a Contribuinte apresentou contrarrazões complementares em 13/02/2019 (e-fls. 2002/2023) nas quais reitera as arguições anteriores, destacando que:

26. Verifica-se que as razões de decidir são distintas, ou seja, no presente caso foi tratada a legalidade da amortização da despesa com base no art. 36 da Lei 10.637/02, que vigorou entre 30/12/2002 até 01/01/2006, enquanto que nos demais

² Atualmente está em trâmite no Congresso Nacional, a Proposta de Lei n.º 536/2007, que visa fixar "os procedimentos para desconsideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários, conforme previsto no parágrafo único do art. 116 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), introduzido pela Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001". Tal proposta, porém, se nos afigura inconstitucional, pois "confere" à Administração Fazendária poderes arbitrários para (i) desconsiderar qualquer ato ou negócio jurídico que considere praticado com o escopo de ocultar algum elemento de fato impositivo, e (ii) valer-se da analogia, para, com base em critérios subjetivos, alargar a abrangência das hipóteses de incidência dos tributos.

(acórdãos paradigmas) foram analisadas operações societárias sob a égide da Lei 9.532/97 e dos arts. 385 e 386 do RIR/99, o que por si só evidencia situações fáticas distintas.

27. Aliás, no Recurso Especial Fazendário, não foi mencionado se as operações analisadas nos acórdãos paradigmas se deram no mesmo período daquela da RECORRIDA e sob o mesmo fundamento legal!

28. Tanto assim é que, no Parecer de lavra do eminente Professor Roque Antonio Carrazza, acostado aos autos na petição protocolizada pela RECORRIDA em 28/11/2017, resta consignado que:

“VI – Por fim, os acórdãos-paradigma juntados pela Fazenda Pública, não têm, s.m.j., o condão de viabilizar o conhecimento do recurso especial por ela interposto (art. 67, do RICARF), uma vez que, nada obstante tratem da apuração do ágio, em operações societárias (arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386, do RIR), não cuidam da legalidade da amortização do ágio, efetuada com base no art. 36, da Lei nº 10.637/2002, que vigorou até 1º de janeiro de 2006 (período em que foram realizadas as operações em discussão). Ou seja, as razões de decidir, bem como a fundamentação destas decisões, não se ajustam ao caso concreto.” (folha nº 81 do Parecer). (g.n).

Reitera, assim, os requerimentos de negativa de conhecimento ou, na remota hipótese de o recurso especial ser conhecido, que lhe seja negado provimento.

Os autos retornaram quando o relator original não mais integrava este Colegiado e foram sorteados para relatoria do Conselheiro André Mendes de Moura, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso fazendário por ausência de similitude fática, vez que o fundamento do acórdão recorrido foi o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 e a PGFN discute a inaplicabilidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e arts. 385 e 386 do RIR/99, apresentando paradigmas que estão pautados nesses dispositivos legais e, assim, adotam, razões de decidir distintas do recorrido.

Contudo, é justamente a aplicação de normas legais distintas a operações societárias semelhantes que resulta no dissídio jurisprudencial a ser solucionado nestes autos. É impróprio afirmar que não há similitude fática em razão da fundamentação dos acórdãos comparados em distintos dispositivos legais. Necessário se faz avaliar se os contornos dos casos se assemelham e, se evidenciado que distintos Colegiados do CARF adotaram diferentes soluções jurídicas para definir o cabimento dos tributos incidentes sobre o lucro, caracterizada estará a divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária de regência.

E, sob esta ótica, validamente está demonstrado no exame de admissibilidade que o ágio amortizado e glosado nestes autos resultou de operação societária na qual se verificou integralização de participação societária detida na atuada (COPAGAZ), por valor reavaliado, no

capital de pessoa jurídica constituída apenas para este fim (SIGMA), seguindo-se a extinção desta mediante sua incorporação pela atuada, que passa a amortizar o ágio decorrente daquela reavaliação. No mesmo sentido é a operação analisada nos paradigmas, nos quais as quotas das atuadas (BARIGUI e CENTER AUTOMÓVEIS) são integralizadas por valor reavaliado em pessoa jurídica (MARUMBI) posteriormente extinta por incorporação pelas atuadas.

Acrescente-se que a PGFN traz as seguintes referências em seu recurso especial:

As ementas transcritas, nos trechos destacados, já demonstram a existência do dissídio jurisprudencial. Contudo, para evidenciar que, diante de contextos fáticos semelhantes, foram adotadas soluções jurídicas diversas, passa-se a transcrever os seguintes trechos dos votos condutores dos acórdãos paradigmas, cujos fundamentos pede-se vênha para, desde já, adotar como razões para a reforma do acórdão recorrido, *verbis*:

PRIMEIRO PARADIGMA:

Acórdão n.º 9101-002.300 – 1ª Turma CSRF (Relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo):

[...]

A contribuinte alega que a reorganização societária realizada na forma autorizada pela Lei n.º 10.637/2002, associada aos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e aos arts. 385 e 386 do RIR/1999, autorizaria a posterior amortização do ágio decorrente da reavaliação patrimonial.

Entretanto, a lógica do dispositivo legal reproduzido é justamente o contrário do que pretende a contribuinte. Por bem adequadas à discussão, transcrevo as palavras da recorrida constantes das suas contrarrazões:

"A equivocada interpretação dada pelo recorrente ao artigo 36 não pode prosperar. Conforme será aqui demonstrado, **o artigo 36 da Lei n.º 10.637/2002 confirma que o ágio gerado entre empresas de um mesmo grupo econômico não existe materialmente.**

Tal como foi destacado no breve apanhado teórico já realizado, o substrato econômico de um ágio envolve a circulação de riquezas. Essa circulação, por sua vez, decorre do fato de o adquirente do investimento pagar uma "mais valia" ao correspondente alienante. Assim, **o pagamento de um ágio (pelo adquirente) sempre corresponderá ao recebimento de um ganho de capital (pelo alienante).**

O ágio e o ganho de capital serão, assim, sempre os **dois lados de uma mesma moeda**. A sorte de um será a mesma do outro. Existindo o ágio, o ganho de capital também existirá. Por outro lado, a artificialidade de um afetará o outro.

Nesse sentido, são comuns os casos onde, uma vez declarada a inexistência do ágio registrado por determinado contribuinte, automaticamente é reconhecida como devida a glosa do correspondente ganho de capital auferido pelo outro contribuinte que participou da operação.

E, assim, vice-versa: reconhecida a existência do ganho de capital (e a sua tributação), a amortização do correspondente ágio se torna devida (claro, se cumpridos os demais requisitos legais para tanto).

Bem, estabelecida esta indissolúvel conexão entre o ganho de capital e o ágio, parte-se agora ao multicitado artigo 36.

O artigo 36 da Lei n.º 10.637/2002 previa que o ganho de capital auferido por uma empresa controladora com a integralização de capital de sua controlada, por meio da cessão da participação societária sobre uma terceira empresa, não era computado na apuração do IRPJ e da CSLL. Esse ganho só seria tributado quando o investimento (terceira empresa) fosse alienado, liquidado ou baixado a

qualquer título, tanto pela empresa controladora, como pela controlada (que detinha o investimento de forma direta).

Em outras palavras, o artigo 36 reconheceu que, quando uma empresa realiza determinado investimento em uma controlada cobrando uma “mais valia”, e essa “mais valia” é paga com quotas da própria adquirente, **na verdade, o ganho da controladora ainda não existe, razão pela qual ele não deve ser tributado**. A existência econômica desse ganho (relativo à alienação do ativo) **somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for efetivamente transferido para fora do grupo econômico, quando, então, haverá circulação de riquezas**. Nesse momento, como haverá a inevitável participação de terceiros, haverá circulação de riquezas e, portanto, disponibilidade econômica travestida como ganho de capital a ser tributada pelo IRPJ e pela CSLL.

Portanto, a Lei nº 10.637/2002 reconheceu a **neutralidade tributária do ganho de capital gerado em um negócio realizado entre empresas de um mesmo grupo econômico e onde não há circulação de riquezas**. Essa neutralidade é citada expressamente no item 28 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66/2002, a qual foi posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002, senão vejamos:

O art. 39 estabelece, igualmente, a **neutralidade tributária nas operações de reorganização societária** e, ao mesmo tempo, adequado controle fiscal para o acompanhamento dessas operações. (grifo nosso)

De acordo com o artigo supracitado, **operações que exclusivamente levam à reorganização societária de um grupo econômico não geram riquezas hábeis a serem tributadas**. Como não há circulação de riquezas, não há fato gerador a reclamar a aplicação de uma regra-matriz de incidência tributária.

Aplicando-se, então, ao artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 a expressão “dois lados de uma mesma moeda” anteriormente citada, conclui-se **que operações realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico, onde não há circulação de riquezas, como não geram um ganho de capital tributável, também não geram um ágio amortizável**. Como já dito, se o ganho de capital não existe, o ágio também não. Se o ganho de capital não deve ser tributado porque não existe materialmente, o correspondente ágio também não deve ser amortizado porque também não existe. A sorte de um deve ser aplicada ao outro.

Destarte, percebe-se que, **ao contrário do que imagina a recorrente, o artigo 36 da Lei nº 10.637/2002 em nenhum momento legitimou o registro e amortização de um ágio artificial (que não existe); pelo contrário, ele reconheceu que esse ágio não deve ter qualquer efeito tributário, haja vista que o correspondente ganho de capital também não o tem.**” (Grifos no original)

A respeito do trecho reproduzido, esclareça-se que o art. 39 a que se refere a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66/2002 foi convertido no art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Sendo assim, verifica-se que a amortização do ágio operada pela contribuinte, além de não ter o respaldo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos arts. 385 e 386 do RIR/1999, tampouco estava amparada pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que trata, na verdade, do diferimento da tributação de IRPJ e de CSLL relativos ao ganho de capital decorrente de reavaliação patrimoniais de empresas controladas ou coligadas. (*destaques do original*)

A PGFN, portanto, invoca argumentação do paradigma contrária às repercussões do art. 36 da Lei nº 10.637/2002 apresentadas no voto condutor do acórdão recorrido para validar os efeitos tributários alcançados pela Contribuinte, nos seguintes termos:

Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava

certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66 teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.

Em 2005, coube-me redigir proposta da RFB de revogação do art. 36 da Lei 10.637/02, proposição essa que foi inserida na MP 255/05 e que previa não só fim do diferimento da tributação de tal ganho de capital, como também uma tributação mínima anual (caso não houvesse a realização do investimento) do ganho já diferido e controlado na Parte B do Lalur. O Congresso Nacional achou por bem apenas revogar o art. 36, sem disciplinar como se daria a tributação dos ganhos de capital que já tinham sido diferidos. Tal fato veio reforçar a ideia de que tudo aquilo tinha sido feito para o processo de privatização, razão pela qual, findo o processo, poderia ser revogada a norma, mas não tributar o passado (ganhos de capital diferidos controlados no Lalur)

Ora, realmente entendo toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal³, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor.

Note-se que, sem o art. 36 da Lei 10.637/02, a contrapartida do ágio que ora se discute, o ganho de capital da MS, seria tributado de imediato, não gerando qualquer vantagem tributária para o grupo controlador da recorrente. Ora, como então dizer que houve simulação, abuso de direito ou fraude? Se o Fisco, no presente caso, sustenta que o ágio registrado pela Sigma ao aceitar a participação da MS na Copagaz em integralização de capital era fruto de simulação, deveria também determinar que a MS baixasse da parte B do seu Lalur o ganho de capital que ali foi registrado. Na verdade, como o legislador ordinário, até hoje, não se prontificou a autorizar o Fisco a tributar milhões ou mesmo bilhões que estão controlados na parte B do Lalur das sociedades que se valeram do permissivo legal do art 36 em tela, tem o Fisco tentado desqualificar a operação que seguia o figurino legal retro tratado.

Quanto ao fato de a PGFN não mencionar especificamente *se as operações dos acórdãos paradigmas se deram no mesmo período daquela da RECORRIDA e sob o mesmo fundamento legal*, nota-se na transcrição anterior, apresentada no recurso especial sob admissibilidade, que ambos acórdãos analisaram as repercussões do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, a indicar que as operações se deram sob este marco legal, e, para além disso, o relato das operações na forma destacada no recurso especial e no acórdão recorrido deixam patente a correspondência temporal, na medida em que nos três acórdãos comparados a incorporação, pelas atuadas, da pessoa jurídica que transitoriamente deteve a participação societária reavaliada nela aportada se deu em 2004, e as amortizações glosadas foram apropriadas, no recorrido, no ano-calendário 2008, ao passo que nos paradigmas entre os anos-calendário 2007 a 2009.

³ Certamente, que o destinatário de todas essas alterações normativas foram os licitantes dos pregões de empresas estatais, mas, em uma República, a norma beneficia a todos se o legislador não a exceuiu.

Assim, quando a Contribuinte afirma que no acórdão recorrido a inexistência de simulação, abuso de direito ou fraude está pautada naquela referência normativa e na necessidade de *baixa do ganho de capital na Parte B do Lalur*, isto se presta apenas a confirmar a divergência jurisprudencial, vez que nos paradigmas, diversamente do que ela defende, aquele contexto normativo não se prestou a validar as amortizações de ágio glosadas.

Imprópria, também, a distinção suscitada pela Contribuinte em razão de, no paradigma, não ter sido analisado *de forma pormenorizada o negócio jurídico realizado, com base nas provas carreadas aos autos*. O acórdão recorrido, integrado também pelo voto vencido, traz extensa análise da acusação fiscal e da defesa contra ela produzida, para assim concluir, à semelhança dos paradigmas, pela indedutibilidade dos valores glosados, sob o entendimento de que se trataria de ágio interno. Contudo, o voto vencedor do acórdão recorrido desmerece todos os vícios assim apontados sob o entendimento de que o art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 autorizaria operações desta espécie.

Não há dúvida que a PGFN *demonstra seu inconformismo na medida que se vale do Voto Vencido para ter suporte argumentativo*, mas evidente está que assim o faz alinhando este voto vencido à argumentação dos paradigmas admitidos, o que basta para configurar o dissídio jurisprudencial. Caberá, assim, na análise da interpretação da legislação de regência, aferir se a decisão do acórdão recorrido merece ser revertida, se isto se dá em argumentação preliminar de defesa e se há necessidade de retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação das ditas *questões referentes a análise de provas* que a Contribuinte invoca para validar seu procedimento. Logo, tais questionamentos não se prestam a ensejar a inadmissibilidade do apelo fazendário.

Na sessão de julgamento também foi arguído o não conhecimento do recurso fazendário em razão da existência de fundamento inatacado presente no acórdão recorrido, consistente em vício que estaria presente na acusação fiscal, nos seguintes termos do voto condutor:

Outra questão importante reside na falta de precisão da acusação fiscal e, conseqüentemente do voto da I. Relatora, se não vejamos os seguintes excerto do voto:

"Ao se empenhar em seguir, *ipsis litteris*, os passos para promover uma reorganização societária que não existia sequer razão para existir, nos deparamos com a simulação e o abuso de o direito de autoorganizar-se. A reorganização societária, no presente caso, apesar de seguir a lei, fere os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva, e não teve outro propósito a não ser evadir-se da tributação."

Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelo controlador da recorrente ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.

Sobre a diferença entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, vale a transcrição do seguinte excerto da lavra do ex-Ministro Moreira Alves, em parecer apresentado em outro processo que tramitou neste CARF, *in verbis*:

[...]

Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 c/c o art. 36 da Lei 10.637/02, seja agora ato ilícito.

Ocorre que a ressalva final (caracterização do aproveitamento da despesa de amortização de ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 c/c com o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 como ilícito) é, justamente, o ponto no qual os acórdãos comparados divergem, mais precisamente: a ilicitude da conduta que se vale do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 para constituição de ágio interno e posterior amortização redutora das bases tributáveis. Evidente, assim, que referido fundamento não é autônomo, mas sim dependente da premissa cuja divergência jurisprudencial restou regularmente demonstrada.

Por tais razões, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO.

Recurso especial da PGFN - Mérito

Em contrarrazões, a Contribuinte defende a dedutibilidade dos valores amortizados porque correspondentes à *diferença entre o valor nominal das quotas/ações e o valor pago por elas em razão da incorporação de sociedade empresária* e afirma a validade de sua operação com suporte no disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que entende ter sido editado para *incentivar essas operações societárias*, não se verificando qualquer simulação ou abuso de direito, Observa que *estando essa despesa correlacionada com o ganho de capital na outra "ponta da operação". glosar a despesa apurada na empresa investidora significa negar a existência do ganho de capital, sendo este o fato impositivo para tributação, sob pena de tributar uma despesa correlata a uma receita cuja tributação foi postergada, consubstancia bitributação e ainda, exigência de tributo, sob fato não impositivo*. Assim, *a manutenção do ganho de capital na Parte B do LALUR infirmaria a existência de simulação, e, diante da declaração de ausência de dolo, fraude ou simulação, qualquer ato praticado é convalidado, justamente pelo permissivo legal, o que ratifica a utilização de argumentos que vão de encontro aos interesses recursais, implicando no seu desprovimento*. Conclui, assim, que:

54/63. Portanto, as despesas decorrentes das diferenças entre o valor nominal das ações integralizadas e aquele aferido no laudo de avaliação não podem ser glosadas, sob argumento de simulação, fraude ou dolo, e ainda, sob abuso de direito haja vista:

- a) a confirmação da existência das operações;
- b) a observância dos ditames legais;
- c) a evidente bitributação derivada dessa glosa, vez que o ganho capital ainda haverá de ser tributado quando de sua realização.

55/64. Por essas razões, deve ser negado provimento ao Recurso Especial, na remota hipótese do referido recurso ser conhecido, como amplamente exposto.

O Prof. Roque Carrazza, no Parecer posteriormente juntado, menciona também que os óbices invocados no voto vencido do acórdão recorrido somente surgiram com o advento da Lei nº 12.973/2014 e que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 dispensaria *pagamento efetivo em numerário*, além de se estender na objeção à aplicação do art. 116 do CTN.

Em recurso voluntário, para além das preliminares enfrentadas no acórdão recorrido, defendeu a dedutibilidade das amortizações porque houve aquisição por valor superior ao patrimônio líquido da investida e porque não há restrição à incorporação da controladora.

Observou que a legislação brasileira não estabelece *conceito de ágio gerado internamente* e que *mesmo em casos de ágios gerados internamente (o que entendemos que não é o caso em tela), não se pode concluir necessariamente não se revestirem de efetividade econômica*. Referiu fundamentos do Acórdão n.º 1101-00.708, equiparou os figurantes da operação societária em tela aos abordados naquele julgado e concluiu que este Conselho *confirmou que não existe qualquer vedação legal para apropriação do ágio nessa operação*. Acrescentou que todos os requisitos contábeis foram cumpridos, sendo regularmente emitido o laudo de avaliação econômica fundamentadora do ágio, de modo que diante da *aquisição de uma sociedade*, com a unificação posterior da rentabilidade futura com o investimento, válida seria a amortização do ágio, mormente se demonstrado o motivo econômico da operação.

Como visto, não há contestação dos fatos refletidos na acusação fiscal e no acórdão recorrido: a participação societária na autuada, detida por MS Administração e Participações S/A, constituída pelos antigos sócios pessoa física da autuada, é integralizada em 12/08/2004 no capital social da pessoa jurídica recém criada Sigma Participações S/A, pelo valor de R\$ 209.196.950,00, resultando no reconhecimento de ágio no valor de R\$ 179.504.355,98, seguindo-se sua incorporação em 16/09/2004 pela autuada, ensejando a contabilização, por esta, do correspondente ágio em ativo diferido e sua amortização a partir de setembro/2004. A Contribuinte, de seu lado, afirma que, à semelhança do caso analisado no Acórdão n.º 1101-00.708, houve aquisição de investimento lastreada em rentabilidade futura e posterior incorporação da controladora. Contudo, o que se constata é que, ao final das operações referidas, a autuada volta ao controle de MS Administração e Participações S/A, mas passa a apresentar, em seu patrimônio, ágio pautado na reavaliação do investimento detido pela controladora original, cuja amortização reduziu o lucro tributável a partir de setembro/2004, e foi objeto de glosa, nestes autos, nos anos-calendário 2007 e 2009.

Desde a edição do paradigma n.º 9101-002.300, de 7 de abril de 2016, este Colegiado tem se manifestado contrariamente à amortização fiscal de ágio constituído em circunstâncias semelhantes. Na sequência são transcritas as razões de decidir expressas pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão n.º 9101-002.388 (“Caso Gerdau”), que reformou o Acórdão n.º 1101-00.708 invocado pela Contribuinte, e cujos fundamentos, aqui adotados, refutam os argumentos de defesa da Contribuinte:

O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei n.º 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

Lei n.º 9.532, de 1997

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

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

cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998) .(Negritei)

Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores)

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.(Negritei)

É oportuno registrar que não se está aqui a ampliar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, como quis fazer crer a Recorrida em suas contrarrazões, mas simplesmente interpretando o que dispôs o legislador. E nem mesmo a se fazer uma interpretação econômica dos fatos ou da lei. É que não faz o menor sentido tratar como “custo” o que não representou qualquer dispêndio! Até ousar dizer que o que está a se fazer aqui é uma interpretação literal da lei, porque sequer consigo vislumbrar custo diferente de dispêndio e dispêndio diferente de se arcar com um ônus.

Aliás, a definição de Custo de Aquisição trazida pelo Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações elaborado pela FINECAFI (item 10.3.2.a, da 7ª ed., 2008), não deixa dúvidas:

“a) CUSTO DE AQUISIÇÃO O custo de aquisição é o valor efetivamente despendido na transação por subscrição relativa a aumento de capital, ou ainda pela compra de ações de terceiros, quando a base do custo é o preço total pago. Vale lembrar que esse valor pago é reduzido dos valores recebidos a título de distribuição de lucros (dividendos), dentro do período de seis meses após a aquisição das cotas ou ações da investida.” (Grifei)

Ou seja, os valores a serem registrados como custo de aquisição, como preço pago, deve corresponder ao valor despendido, pago, nas transações com agentes externos, para obtenção do investimento.

Ainda do referido Manual, 7ª ed., destaco todas as menções feitas a valor pago e aquisição de ações, no sentido de demonstrar o que a teoria contábil considera custo de aquisição e ágio:

“11.7.1 – Introdução e Conceito Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio. Vejase, todavia, caso especial no item 11.7.6.

Todavia, no caso de uma companhia adquirir ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.(...)

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da aquisição das ações, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se compraram as ações, preferencialmente na mesma data-base da compra das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a aquisição for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.

b) DATA-BASE

Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, às vezes, a meses de debates até a conclusão das negociações. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas; a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.(...)

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(...)

c) **ÁGIO POR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA** Esse ágio (ou deságio) ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor) que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

CONTABILIZAÇÃO

V – Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(…)

Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma

(...).

11.7.6 Ágio na Subscrição

(...)

por outro lado, vimos nos itens anteriores ao 11.7 que surge o ágio ou deságio somente quando uma empresa adquire ações ou quotas de uma empresa já existente, pela diferença entre o valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.

Poderíamos concluir, então, que não caberia registrar um ágio ou deságio na subscrição de ações. Entendemos, todavia, que quando da subscrição de novas ações, em que há diferença entre o valor de custo do investimento e o valor patrimonial contábil, o ágio deve ser registrado pela investidora.

Essa situação pode ocorrer quando os acionistas atuais (Empresa A) de uma empresa B resolvem admitir novo acionista (Empresa X) não pela venda de ações já existentes, mas pela emissão de novas ações a serem subscritas, pelo novo acionista. Ou quando um acionista subscreva aumento de capital no lugar de outro.

O preço de emissão das novas ações, digamos \$ 100 cada, representa a negociação pela qual o acionista subscritor está pagando o valor patrimonial contábil da Empresa B, digamos \$ 60, acrescido de uma mais-valia de \$ 40, correspondente, por exemplo, ao fato de o valor de mercado dos ativos da Empresa B ser superior a seu valor contabilizado. Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B.”

É de se observar, ainda, que mesmo na subscrição de ações, fala-se em **preço** e **pagamento** de valor.

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

“Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, pelo lado do ente tributante, que permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de ‘sociedades veículos’, que surgem e são extintas em curso lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas ‘casca’, com finalidade meramente elisiva.

Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do ‘ganho de capital’ registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em ‘sociedade veículo’ ou de participação ‘casca’, a ser em seguida incorporada”.

Com a devida vênia aos autores, é de se verificar e como a própria Recorrida aduz em suas Contrarrazões, que existe permissão legal, sim, de integralização de capital social com ações de outra empresa, que há permissão legal de avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas com o desdobramento do custo de aquisição em ágio; contudo, o que não há é autorização legal para, em virtude dessa integralização, lançar em contrapartida o desdobramento do custo como ágio, pois, em operações internas, sem que um terceiro se disponha a pagar uma mais-valia, não há ágio; a contrapartida é uma reavaliação de ativos.

E é isso que os autores confundem quando tratam do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, porque essa lei sequer fala em ágio. Assim, o que tal dispositivo tratava é da possibilidade de diferimento do ganho de capital, quando uma companhia A, que possui participação societária em B, resolve constituir C, subscrevendo capital com ações reavaliadas de B. Ocorre que essa reavaliação de B é puramente uma reavaliação, quando as operações ocorrem dentro de um mesmo grupo. A lei não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.

E é nessa linha que os autores acabam concluindo às fls. 599 e 600 da 7ª edição:

*“Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxerga-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social, qual seja, **mensuração a valores de saída**, utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.*

*Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxerga-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a **mensuração a valores de entrada**, não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade.*

(...)

Só que, no caso desses créditos tributários derivados de operações societária entre empresas sob controle comum, não há, na essência, e também na figura das demonstrações consolidadas, qualquer desembolso que lhes dê suporte. Direitos obtidos sem custo, como direitos autorais, por exemplo, não são contabilizados; o goodwill (fundo de comércio) desenvolvido sem custo ou com custo diluído ao longo de vários anos na forma de despesas já reconhecidas também não é contabilizado; patentes criadas pela empresa são registradas apenas pelo seu custo etc. Por que os direitos de pagar menos tributos futuros, advindos de operações com ausência de propósito comercial e permeadas por abuso de forma, seriam registrados? Essas seriam discussões no campo técnico e conceituai a serem travadas. Contudo, estimulando um pouco mais o debate, deve-se atentar para uma questão sobremaneira crucial para a Contabilidade. Do ponto de vista institucional e moral da profissão contábil, e por que não político, admitir-se o registro do ativo fiscal implica estimular o surgimento de uma indústria do ágio?

*Assim, à parte possíveis controvérsias conceituais, o procedimento mais adequado, **técnica e eticamente**, é não se proceder ao reconhecimento do ativo fiscal diferido nessas operações.”*(Grifei)

Por oportuno, trago ainda a versão do Manual de Contabilidade Societária, após as normas internacionais e os pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (edição de 2010, pág. 442), que reforça ainda mais o que entendiam os autores do Manual:

"Considerando que na época não havia uma normatização contábil similar ao CPC 15, a consequência direta da prática desse tipo de incorporação (reversa) era a geração de um benefício fiscal bem como o reconhecimento contábil de um ágio gerado internamente (contra o qual, nós, os autores deste Manual, sempre nos insurgimos).

Dessa forma, era fortemente criticada a racionalidade econômica do art. 36 da Lei nº 10.637/02, que permitia que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios (sob controle comum) criassem artificialmente ágios internamente por intermédio da constituição de "sociedades veículo", que surgem e são extintas em curto lapso de tempo, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva.

Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).

Atualmente, o art. 36 da Lei nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP nº 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução nº CFC nº 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

Art. 1º. Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§ 1º. A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§ 2º. Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.

(...)

Art. 7º. Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I - a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;

III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;

IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada

V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos.” (Grifei)

O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 para aprovar a NBC T 19.10 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, aplicável aos exercícios encerrados a partir de dezembro de 2008, cujo item 120 determina expressamente:

“120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado”.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também repudiou o ágio interno por meio do CPC nº 04, aprovado em 2010, que, ao se manifestar sobre ativo intangível, dedicou os itens 48 a 50 para tratar do “Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente”, deixando bastante claro que tal ágio sequer deve ser reconhecido como ativo:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente

48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.(Grifei)

Também em 2010, o Conselho Federal de Contabilidade por meio da Resolução CFC nº 1.303, de 2010, aprovou a NBC TG 04, que tem como base o mencionado Pronunciamento Técnico CPC 04 já acima transcrito:

Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente

48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo.

50. As diferenças entre valor de mercado da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade. (Grifei)

Também a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, no item 20.1.7 tratou o ágio interno nos seguintes termos:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, iniciase com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizarse do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. (Grifei)

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

Objetivo

1. O objetivo deste Pronunciamento é aprimorar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações que a entidade fornece em suas demonstrações contábeis acerca de combinação de negócios e sobre seus efeitos. Para esse fim, este Pronunciamento estabelece princípios e exigências da forma como o adquirente:

(a) reconhece e mensura, em suas demonstrações contábeis, os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e as participações societárias de não controladores na adquirida;

(b) reconhece e mensura o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill adquirido) advindo da combinação de negócios ou o ganho proveniente de compra vantajosa; e

(c) determina quais as informações que devem ser divulgadas para possibilitar que os usuários das demonstrações contábeis avaliem a natureza e os efeitos financeiros da combinação de negócios.

.....
Combinação de negócios de entidades sob controle comum –aplicação do item 2(c)

B1. Este Pronunciamento não se aplica a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum. A combinação de negócios envolvendo entidades ou negócios sob controle comum é uma combinação de negócios em que todas as entidades ou negócios da combinação são controlados pela mesma parte ou partes, antes e depois da combinação de negócios, e esse controle não é transitório.

B2. Um grupo de indivíduos deve ser considerado como controlador de uma entidade quando, pelo resultado de acordo contratual, eles coletivamente têm o poder para governar suas políticas financeiras e operacionais de forma a obter os benefícios de suas atividades. Portanto, uma combinação de negócios está fora do alcance deste Pronunciamento quando o mesmo grupo de indivíduos tem, pelo resultado de acordo contratual, o poder coletivo final para governar as políticas financeiras e operacionais de cada uma das entidades da combinação de forma a obter os benefícios de suas atividades, e esse poder coletivo final não é transitório.

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 101-96724, 103-23.290, 105-17.219.

Por conseguinte, não se pode afirmar agora, como suscitado da sessão passada, que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que esclarecer que, por óbvio, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a indedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente.

Aliás, é nesta linha que se verifica já na própria exposição de motivos da MP nº 637, de 2013, que ora colaciono:

EM nº 00187/2013 MF

Brasília, 7 de Novembro de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

Submeto à apreciação de Vossa Excelência a Medida Provisória que altera a legislação tributária federal e revoga o Regime Tributário de Transição RTT instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, bem como dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências.

1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.

2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.

3. Essa situação tem provocado inúmeros questionamentos, gerando insegurança jurídica e complexidade na administração dos tributos. Além disso, traz dificuldades para futuras alterações pontuais na base de cálculo dos tributos, pois a tributação tem como base uma legislação já revogada, o que motiva litígios administrativos e judiciais.

4. A presente Medida Provisória tem como objetivo a adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis e, assim, extinguir o RTT e estabelecer uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL, a partir de ajustes que devem ser efetuados em livro fiscal. Além disso, traz as convergências necessárias para a apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

(...)

*15.9. O art. 20, com o intuito de alinhá-lo ao novo critério contábil de avaliação dos investimentos pela equivalência patrimonial, deixando expressa a sua aplicação a outras hipóteses além de investimentos em coligadas e controladas, e registrando separadamente o valor decorrente da avaliação ao valor justo dos ativos líquidos da investida (mais-valia) e a diferença decorrente de rentabilidade futura (**goodwill**). O § 3º determina que os valores registrados a título de mais-valia devem ser comprovados mediante laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deve ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação. Outrossim, em consonância com as novas regras contábeis, foi estabelecida a tributação do ganho por compra vantajosa no período de apuração da alienação ou baixa do investimento;*

(...)

Os arts. 19 e 20 dispõem sobre o tratamento tributário a ser dado à mais ou menos-valia que integrará o custo do bem que lhe deu causa na hipótese de fusão, incorporação ou cisão da empresa investida. Tendo em vista as mudanças nos critérios contábeis, a legislação tributária anterior revelou-se superada, haja vista não tratar especificamente da mais ou menos-valia, daí a necessidade de inclusão desses dispositivos estabelecendo as condições em que os valores poderão integrar o custo do bem para fins tributários. Os referidos dispositivos devem ser analisados juntamente com o disposto nos arts. 35 a 37.

*32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como **goodwill**. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (**goodwill**) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com **goodwill**, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do **goodwill** só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes. (Grifei)*

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei nº 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

No que diz respeito à questão de ágio, ocorreram mudanças significativas, como a nova definição de coligada (alteração do art. 243 da Lei nº 6.404/76), a alteração sobre o Método da Equivalência Patrimonial (art. 248 da Lei nº 6.404/79), além da edição de atos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC sobre o assunto (em especial, o CPC nº 18 – “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto” e CPC nº 15 – “Combinação de Negócios”, acima já citado).

De acordo com essa nova concepção contábil, o ágio (que passou a ser denominado de *goodwill*) é determinado como sendo o excedente pago, após os ativos líquidos da investida serem avaliados a “valor justo” (conceito que aliás é bem mais amplo do que “valor de mercado”). Em razão dessa alteração, o custo de aquisição do investimento passou a ser desdobrado em: a) valor do patrimônio líquido da investida; b) mais ou menos valia; e c) ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), conforme destaco:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

*III - ágio por rentabilidade futura (**goodwill**), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*

Por tudo isso, é de se perceber que não é possível se fazer uma associação exata entre a nova sistemática de identificação e apuração do ágio com a anterior. De forma que, o que era ágio antes, pode ser agora somente “mais valia”, mesmo que anteriormente tivesse sido identificado como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A possibilidade de se apurar uma “menos valia” também influi na existência ou não do ágio.

Além disso, as situações em que o Método da Equivalência Patrimonial se torna obrigatório também foram alteradas, o que tem influência direta sobre a necessidade ou não de se determinar a existência de ágio.

Portanto, é um grande equívoco de interpretação se utilizar das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/1997, a partir do constante nos arts. 20 a 22 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que disciplinam efeitos tributários de procedimentos contábeis totalmente distintos.

Não fossem apenas essas diferenças, mas o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da Lei nº 12.973, de 2014, é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Ou seja, não apenas as operações que envolvem duas pessoas jurídicas sob controle comum caracterizam-se como partes dependentes: a nova lei incluiu as pessoas físicas, com situações, por exemplo, em que o alienante é parente ou afim até o terceiro grau do sócio acionista da empresa. Assim, passa a ser possível a existência de um ágio contábil (diferente do ágio interno), mas que ao teor da nova legislação, a sua dedutibilidade fica vedada.

Frise-se que, diversamente do que alegado pela Contribuinte em contrarrazões, o negócio jurídico realizado foi pormenorizadamente analisado no acórdão recorrido, e a definição de seus contornos daí resultante, ao mesmo tempo em que ensejou, no Colegiado *a quo*, a interpretação majoritária de que a operação era válida em razão do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, motiva, nesta análise, a constatação de que a mais-valia atribuída à participação societária detida na autuada não se caracteriza como ágio e não é passível de amortização na apuração do lucro tributável.

Em consequência, neste ponto, nenhum relevo tem o debate em torno da ocorrência de simulação ou de aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN. Como bem exposto nas razões antes transcritas, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 *não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.* E, destaque-se, não se trata de negar a natureza de ágio porque não houve pagamento em espécie, mas sim porque a onerosidade não afetou terceiro.

No mais, bem exposto está, nas razões antecedentes, que o conceito expressamente adotado na Lei nº 12.973/2014 sempre esteve presente na legislação tributária por decorrência do próprio conceito contábil de ágio.

Assim, afastada a dita *convalidação do negócio jurídico conforme as leis da época dos fatos*, e isto mediante análise das características específicas das operações realizadas, resta desconstituída qualquer substância ou validade alegada para o negócio jurídico, mostrando-se desnecessária a referida análise dos documentos contábeis correspondentes, ou mesmo do registro em LALUR do ganho de capital correlatado. Basta, para a glosa promovida no âmbito da apuração do lucro real pela Contribuinte autuada, a constatação de que o valor amortizado decorreu de mera reavaliação do investimento internamente ao grupo societário.

Tal decisão, porém, presta-se apenas a restabelecer as glosas promovidas no lançamento sob análise, e não a exigência em sua integralidade, como pretende a PGFN. Isto porque a Contribuinte, em recurso voluntário, para além apresentar preliminares de decadência e de nulidade, e discordar da classificação do ágio como interno, afirmando a dedutibilidade das amortizações, também arguiu a inaplicabilidade da multa qualificada, quer por inexistência de sonegação, fraude ou conluio, quer por seu efeito confiscatório, bem como afirmou a *não comprovação de conduta ilegal ou abusiva do sócio administrador*. Já no acórdão recorrido, restando vencido o voto da ex-Conselheira Relatora Ana de Barros Fernandes Wipprich, no sentido de *em preliminar, em afastar a alegação de decadência, bem como as nulidades suscitadas pela recorrente, e, no mérito, em negar provimento ao recurso e manter a responsabilidade solidária de UEZE ELIAS ZAHRAN*, o ex-Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, ao redigir o voto vencedor, limitou-se a abordar a dedutibilidade das amortizações e assim, dar provimento ao recurso voluntário. O Colegiado *a quo*, ao final, decidiu que:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos a Relatora e os Conselheiros Marcelo Calheiros Soriano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Vê-se, daí, que as preliminares foram decididas e rejeitadas, interrompendo-se a análise do recurso voluntário na argumentação dirigida à dedutibilidade das amortizações glosadas, de modo que necessário se faz o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para decisão acerca dos argumentos deduzidos pela Contribuinte contra a qualificação da penalidade e contra a imputação de responsabilidade atribuída a seu sócio administrador.

Por tais razões, deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da PGFN, com retorno ao Colegiado *a quo*.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano.

Optei por apresentar a presente declaração de voto para registrar as razões pelas quais, com a devida vênia ao fundamentado voto da i. Relatora, na sessão de julgamento votei pelo não conhecimento do presente recurso especial e, uma vez vencida, no mérito votei pelo seu não provimento.

Admissibilidade recursal

Quanto à admissibilidade recursal, minhas ressalvas ao conhecimento do recurso levam em consideração a fundamentação do acórdão recorrido que, compreendo, não foram integralmente rechaçadas pelo recurso especial. Pelo contrário, entendo que há fundamentos inatacados, o que impede que a adoção do argumento aventado no recurso especial leve à alteração da conclusão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

Sobre o tema, sabe-se que o interesse recursal, no seu binômio necessidade e utilidade, é pressuposto geral para a admissibilidade de recurso, como reconhece a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores:

Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Pois bem. No caso, o voto vencido do acórdão recorrido concluiu que “*se extrairmos toda a 'maquiagem' bem elaborada com atos essencialmente formais celebrados pelos interessados, no presente caso, o que temos, na verdade material dos fatos, ou seja, em essência, ou substância, é a reavaliação do patrimônio da "Copagaz" e o aproveitamento desta diferença como um valor apto a reduzir o lucro a ser tributado durante sucessivos anos-calendários*”.

O **voto vencedor**, por sua vez, decidiu pelo cancelamento da autuação fiscal. Estruturalmente, o voto inicia com uma exposição acerca da evolução da legislação sobre o aproveitamento fiscal do ágio, após o que contextualiza sobre a edição e revogação do artigo 36 da Lei 10.637/2002. Nessa parte, ele contesta a alegação de que teria havido simulação ou fraude na operação, observando que, paralelamente ao registro do ágio pela adquirente, houve a apuração de ganho de capital pela sociedade alienante, o qual, exatamente **em função do artigo 36 da Lei 10.637/2002**, teve a tributação diferida e deve ser controlado a parte B do LALUR. *In verbis*:

(...)

Note-se que, sem o art. 36 da Lei 10.637/02, a contrapartida do ágio que ora se discute, o ganho de capital da MS, seria tributado de imediato, não gerando qualquer vantagem tributária para o grupo controlador da recorrente. Ora, como então dizer que houve simulação, abuso de direito ou fraude? Se o Fisco, no presente caso, sustenta que o ágio registrado pela Sigma ao aceitar a participação da MS na Copagaz em integralização de capital era fruto de simulação, deveria também determinar que a MS baixasse da parte B do seu Lalur o ganho de capital que ali foi registrado. Na verdade, como o legislador ordinário, até hoje, não se prontificou a autorizar o Fisco a tributar milhões ou mesmo bilhões que estão controlados na parte B do Lalur das sociedades que se valeram do permissivo legal do art 36 em tela, tem o Fisco tentado desqualificar a operação que seguia o figurino legal retro tratado.

(...)

Imediatamente em seguida ao parágrafo acima transcrito, o voto vencedor do acórdão recorrido traz um **argumento adicional**, a que se refere como “*falta de precisão da acusação fiscal*”, e no qual reitera que a operação possa ser caracterizada como simulação e também rechaça a acusação do TVF de que tenha se operado abuso de direito. Nesse ponto, traz o seu entendimento sobre o tratamento do abuso de direito no âmbito tributário, bem como faz afirmações acerca da (in)aplicabilidade do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, ante a ausência de sua regulamentação por lei ordinária. Veja-se (grifamos):

Outra questão importante reside na falta de precisão da acusação fiscal e, conseqüentemente do voto da I. Relatora, se não vejamos os seguintes excerto do voto:

"Ao se empenhar em seguir, *ipsis litteris*, os passos para promover uma reorganização societária que não existia sequer razão para existir, nos deparamos com a **simulação** e o **abuso de o direito** de *auto-organizar-se*. A reorganização societária, no presente caso, apesar de seguir a lei, fere os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva, e não teve outro propósito a não ser evadir-se da tributação."

(...)

Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados posteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 c/c o art. 36 da Lei 10.637/02, seja agora ato ilícito.

Ora, **verificado acima que os atos praticados não se enquadram no conceito de simulação, verifiquemos se seria cabível enquadrá-los como abuso de direito.**

Preliminarmente, vale a transcrição do seguinte **excertos do TVF**:

179. Após o Código Civil de 2002, como o **abuso de direito** passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

(...)

Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe:

Art. 116. Omissis.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Ora, se este era o instrumento de que podia se valer o Fisco para desconsiderar os atos de abuso de direito praticados pelos controladores das ditas “empresas veículos”, comprometida estará a atuação, por ser inaplicável tal parágrafo único enquanto não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para tal desconsideração dos atos abusivos.

Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional. Ora, **à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não**, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

(...)

Mais adiante, o voto vencedor se dedica a contrapor afirmações do voto vencido, afirmando, quanto à suposta necessidade de pagamento alegada por aquele, que “*Se há ganho de capital para o subscritor, há ágio para a investida.*”. Também rejeita a afirmação de que haveria óbice ao registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura em operações entre empresas interligadas ou quando não houver a mudança de controle, afirmando que tal restrição somente surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 12.973/2014. E termina, afirmando que “*Quanto à falta de propósito negocial, já demonstramos que não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário. Assim, esvazia-se a acusação de falta de propósito negocial*”.

Como se percebe, o voto vencedor baseia o seu entendimento (i) na rejeição das acusações de simulação (ocasião em que afirma, também, a validade do ágio na operação em questão, considerando a apuração de ganho pela alienante e seu diferimento nos termos do artigo 36 da Lei 10.637/2002, assim como a ausência de restrição legal expressa para a apuração de ágio em operações entre partes relacionadas) e (ii) na impossibilidade de, uma vez descartada a hipótese de simulação, e ausente a regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, se fundamentar autuações fiscais em argumentos como o de abuso do direito.

Por sua vez, o recurso especial da Fazenda Nacional incorre em impropriedades que levaram a Recorrente a, com o devido respeito, instruir o seu recurso de forma deficiente. Destaca-se, nesse ponto, primeiramente o fato de tal recurso trazer, por diversas vezes, transcrições do voto vencido do acórdão recorrido, sempre afirmando a suposta premissa fática do acórdão a partir deste voto, e não do voto vencedor. Exemplos (grifos nossos):

Pág. 5 da peça recursal

(...)

Cumpra ressaltar, de antemão, que o voto vencido do acórdão recorrido deixa claro que a situação fática versada na presente autuação consubstancia claro exemplo do chamado ágio interno, com a utilização de empresa-veículo. Confira: (...)

Pags. 8 e 9 da peça recursal

(...)

Observa-se que o acórdão recorrido, mesmo diante da clássica situação de ágio interno, com a utilização de empresa-veículo (ágio artificial gerado intragrupo), admitiu a sua plena dedutibilidade no caso em tela.

Cumpra destacar, nessa linha, os seguintes fatos incontroversos admitidos nos presentes autos e expressamente aceitos pelo próprio voto vencedor do acórdão recorrido, a saber: a ausência de pagamento efetivo do custo total da aquisição, a existência de operações entre empresas ligadas entre si e a falta de alteração do controle acionário após a absorção da empresa adquirida com ágio.

Confira, nesse sentido, o seguinte trecho do voto vencido, que bem resume a premissa fática em discussão: (...)

Pág. 26 da peça recursal

A premissa fática do acórdão recorrido ficou escancarada no seguinte trecho do voto vencido, que bem explicitou a artificialidade da operação, *verbis*: (...)

O fato de o recurso, no caso dos autos, se apoiar exclusivamente em premissa fática do voto vencido, é fator de alerta, por revelar a potencialidade de se encontrar impropriedades em sua instrução.

Nesse aspecto, é importante notar que um voto vencido é um voto superado pela Turma, de maneira que não necessariamente a premissa fática adotada pelo voto vencido será a premissa fática tomada pela maioria da Turma, eis que esta vota nos termos do voto vencedor. Pode ocorrer, inclusive -- e não estou a afirmar que foi o que ocorreu no caso, mas apenas pontuo a possibilidade extrema --, de o voto do Relator ter restado vencido exatamente em função da adoção de premissa fática que a maioria da Turma acabe por entender não ser a adequada para o caso. Minimamente, o fato de o voto ter restado vencido indica que as premissas fáticas ali colocadas não necessariamente são as consideradas pela Turma julgadora, devendo assim ser, na verdade, desconsideradas para efeito de determinar o conteúdo da decisão da maioria da Turma.

Na verdade, a leitura da peça recursal revela que TODAS as vezes que o recurso especial quis afirmar a premissa fática do acórdão recorrido, ele o fez com base no voto vencido, e não no voto vencedor. A impressão que se tem é de que o recurso especial foi redigido no sentido de *reafirmar o voto vencido*, e não propriamente de forma a *rebater os argumentos do voto vencedor*, restando patente a **ausência de dialeticidade** quanto aos argumentos deste.

De fato, o recurso especial, sempre que fez referência ao voto vencedor, se limitou a descrever os argumentos deste, em nenhum momento se dedicando a rebatê-los especificamente.

Nesse ponto, vale notar que, quando se dedica a descrever o voto vencedor do acórdão recorrido, a Recorrente reconhece que este se apoiou em **dois argumentos** para dar provimento ao recurso, quais sejam: a inexistência de simulação e a impossibilidade de conferir efeitos tributários ao abuso do direito ausente a regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Veja-se, neste sentido, transcrição de trecho à página 4 do recurso especial (grifos nossos):

(...)

A questão central do acórdão em tela reside no direito de apropriação do ágio da incorporada (artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97), em uma típica situação de ágio interno. Conforme já afirmado, a fiscalização concluiu que a reorganização societária com a utilização flagrante de uma empresa-veículo não teve qualquer propósito comercial, tratando-se de operações fictícias cujo único objetivo foi o aproveitamento indevido do ágio gerado pela expectativa de rentabilidade futura para constituir despesas que reduzissem indevidamente o lucro líquido da "Copagaz" em diversos anos.

O acórdão ora recorrido, entretanto, contrariando todas as conclusões acima estampadas, entendeu por dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, **sob o argumento de que “não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como “empresa veículo”, nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.”**

O julgado atacado afirmou, ainda, que “o parágrafo único do art. 116 do CTN é uma norma de eficácia limitada, pois só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa”, de forma que “se a Lei Complementar 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não há como tal condição ser dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.”

Não obstante, o recurso especial da Fazenda Nacional vem todo pautado exclusivamente no argumento de que não seria possível gerar ágio amortizável em operações intragrupo, nada tendo sido afirmado, **nas razões recursais**, seja quanto ao papel do artigo 36 da Lei 10.637/2002, seja quanto à eficácia do parágrafo único do artigo 116 do CTN e/ou a eventual possibilidade de desconsiderar negócios jurídicos por meio da aplicação da suposta teoria do abuso de direito a despeito da regulamentação de tal dispositivo do CTN – argumentos expostos pelo voto vencedor para cancelar a autuação.

Disso se depreende que a adoção do entendimento exposto nas razões recursais (de que “*O propósito comercial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária.*” (pág. 32 da peça recursal) não leva à reforma do voto vencedor do acórdão recorrido, eis que este se apoiou, como já descrito, na própria afirmação de existência de ganho, cuja tributação afirma estar diferida exatamente com base no então vigente artigo 36 da Lei 10.637/2002).

Em síntese, o recurso especial se limita a afirmar que o ágio em questão teria sido “criado de forma artificial”, mas justifica tal conclusão exclusivamente no fato de a operação ter sido intragrupo, sem qualquer contraposição aos argumentos trazidos pelo voto vencedor que reconheceu a possibilidade de registro e amortização fiscal do ágio a despeito de a operação ter sido intragrupo fundado especificamente tanto no teor do artigo 36 da Lei 10.637/2002 quanto na afirmação da ausência de simulação e na impossibilidade de se desconsiderar negócios jurídicos em suposto “abuso de direito” sem a regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN.

Falta, assim, dialeticidade ao recurso especial, o que faz com que a eventual procedência dos argumentos gerais ali expostos não sejam hábeis a levar à reforma da conclusão específica a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

São essas as razões pelas quais, com a devida vênia aos que entenderam de forma diversa, orientei meu voto para não conhecer do recurso especial.

Mérito

Como restei vencida quanto à admissibilidade do recurso, no mérito, também pedindo licença para discordar, divergi da maioria da Turma votando por negar provimento ao recurso especial, basicamente por concordar com os fundamentos expostos no voto vencedor do acórdão recorrido, merecendo especial menção o argumento de que a operação era válida em razão do disposto no art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 – tendo havido, de um lado, a apuração de um ganho com tributação diferida para a alienante e um ágio para a adquirente do investimento, este sendo passível de amortização para fins fiscais uma vez cumpridos os requisitos legais (tais como ter sido registrado com base em demonstrativo, nos termos do art. 20, §3º, do Decreto-Lei 1.598/1972, e ocorrer a incorporação da investidora pela investida ou vice versa).

Assim, entendo ser improcedente a acusação fiscal, que trouxe como fundamento, como exposto na página 3 do Termo de Verificação Fiscal, o argumento de que *“Tal operação, denominada incorporação às avessas, onde a controlada incorpora a incorporadora, teve como única finalidade o não pagamento dos tributos federais devidos, configurando operação simulada, sem qualquer motivação extra tributária subjacente, ou seja, sem finalidade negocial”*.

Na sessão de julgamento do presente recurso especial, esta Turma, por maioria, entendeu que haveria impedimento para a amortização fiscal de ágio gerado em operações envolvendo partes de um mesmo grupo empresarial. Com o devido respeito a este entendimento, observei que tenho manifestado posição em sentido diverso, e nesse ponto peço vênia para transcrever meu voto (vencido) no acórdão 9101-004.278, julgado em 10 de julho de 2019:

(...) não verifico na legislação em vigor na época dos fatos geradores qualquer restrição para que se registre, e posteriormente se amortize fiscalmente, um ágio pura e simplesmente em virtude de a negociação ter ocorrido entre partes relacionadas.

Em suas contrarrazões, a PGFN se apoia no conteúdo do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, o qual afirma que "preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo.". Na mesma linha, cita estudo acadêmico⁴ que afirma que o ágio surgido internamente deve ser expurgado da contabilidade porque não tem sentido econômico⁵ (disponível em https://congressosp.fipecafi.org/anais/artigos42004/an_resumo.asp?cod_trabalho=13, acesso em 21.04.2019).

⁴ Artigo de Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior intitulado: “A Incorporação Reversa Com Ágio Gerado Internamente: Consequências da Elisão Fiscal Sobre a Contabilidade”.

⁵ “O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o

*Acontece que não estamos tratando, nos presentes autos, de Contabilidade, mas de Direito Tributário. Assim, o fato de eventualmente se concordar com as conclusões acima acerca do tratamento **contábil** do ágio intragrupo nada diz sobre os **efeitos tributários** desse ágio.*

De fato, muito embora o ágio seja registrado em livros contábeis, ele está previsto em regras tributárias e é controlado em livros fiscais (ex. LALUR), independentemente do que ocorre na contabilidade.

O ágio nada mais é do que um efeito tributário da aquisição de uma participação societária por um valor acima de seu valor patrimonial, ou seja, é um desdobramento do custo de aquisição e, dessa forma, por consequência lógica e necessária, cada vez que uma participação societária é negociada por um valor acima do patrimonial, surge um "novo ágio".

Assim, compreendo que está correta a afirmação da PGFN quando sustenta que, no caso dos autos, existem dois ágios distintos, decorrentes de dois negócios jurídicos de compra e venda de participação societária celebrados em datas, e por partes diferentes.

Não obstante, o simples fato de o ágio ter sido gerado em operação ocorrida entre partes relacionadas não macula a operação. Assim, à mingua de qualquer alegação (e prova) de inexistência de pagamento, de simulação de operações, de problemas quanto ao registro, ao demonstrativo de rentabilidade futura ou à incorporação, não vislumbro fundamento jurídico para a glosa das amortizações em questão.

Há que se salientar que a amortização do ágio relativo a investimento em sociedade brasileira tem lógica na própria sistemática de tributação do IRPJ e da CSLL, e existia muito antes da Lei 9.532/1997. Essa norma veio especialmente impor alguns limites e critérios objetivos para tal fruição – condições que, conforme indica a própria exposição de motivos da norma, foram estabelecidas buscando-se evitar os "planejamentos tributários" praticados com respaldo na anterior lacuna legislativa.*

** "11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial. Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos 'planejamentos tributários', vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo." [obs: na conversão o artigo 8º passou a ser o artigo 7º da Lei 9.532/1997]*

Mas, mesmo antes, a legislação tributária já admitia, na incorporação de sociedades com extinção da participação societária de uma possuída por outra, a dedutibilidade como perda de capital da diferença entre o valor contábil da participação extinta e o valor do acervo líquido que a substituir, avaliado a preços de mercado (artigo 34 do Decreto-Lei 1.598/1977, dispositivo analisado pelo Parecer Normativo CST 51/1979).

grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também."

Assim, tanto a alienação do investimento quanto a sua liquidação são eventos que podem dar margem ao reconhecimento de uma perda. A Lei 9.532/1997, vale repetir, veio então trazer condições adicionais para a amortização fiscal dessa perda, o ágio – em especial: que a mais valia estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida e que a amortização fiscal ocorresse à razão máxima de 1/60 ao mês, a partir da liquidação do investimento.

Vale notar que tal tratamento tributário do ágio poderia ser aplicado ainda que o ágio já tivesse sido amortizado contabilmente, sendo ainda aplicável inclusive às sociedades que não estivessem obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial, como prevê o art. 8º da Lei 9.532/1997 (dispositivo reproduzido no então vigente §6º, I, do artigo 386 do RIR/99).

Em resumo, os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (reproduzidos no art. 386 do RIR/99) trouxeram as condições objetivas para a amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias. Uma vez que tais condições tenham sido observadas, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida. E diz-se a princípio apenas porque, como se sabe, as autoridades fiscais estão autorizadas a efetuar e rever de ofício o lançamento tributário nas hipóteses do artigo 149 do CTN, inclusive quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (inciso VII).

Com a devida vênia, não concordo com a linha de argumentação que sustenta que, quando a legislação exige uma aquisição, ela presumidamente está se referindo a partes não relacionadas. Na verdade, sequer vislumbro exemplos válidos para o argumento de que, quando a legislação quis se referir a aquisições entre partes relacionadas, ela o fez expressamente. Nesse ponto, vale uma breve digressão sobre o artigo 32 da Lei 10.637/2002 e sobre a legislação sobre preços de transferência, que muitas vezes são citados como exemplos de normas que estabelecem regras específicas relativas a partes relacionadas -- o artigo 32 da Lei 10.637/2002 não trata de ágio entre partes relacionadas, tendo trazido apenas um benefício fiscal referente ao diferimento do ganho de capital tributável (o ágio, neste caso, se houver seria apurado conforme as regras então em vigor); da mesma forma, compreendo que nada na legislação sobre preços de transferência parece indicar que o conceito de “aquisição” não se aplica quando a operação se dá entre partes relacionadas (pelo contrário, tal legislação confirma que a operação entre partes relacionadas é sim “aquisição”, e exatamente em razão disso vem controlar a repercussão tributária – ex. dedutibilidade - do preço praticado). Inclusive, o único paralelo que consigo traçar entre as legislações acerca de preços de transferência e sobre ágio é o de que, assim como naquela, para o ágio a norma também veio controlar o preço praticado entre adquirente e vendedor para fins de amortização fiscal, passando a exigir, a partir da Lei 9.532/1997, que a mais valia a ser amortizada estivesse fundamentada na rentabilidade futura da investida.

Pois bem. No caso dos autos, é incontroverso que a Recorrente adquiriu participação societária na Quartzolit e desdobrou o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio, sendo necessário, portanto, verificar (a) se foram cumpridos os requisitos legais para a amortização do ágio então vigentes (previstos na Lei 9.532/1997 e no Decreto-Lei 1.598/1977) e (b) se tais operações efetivamente foram praticadas (isto é, ausência de simulação nos termos do artigo 149, VII, do CTN).

*Nesse passo, reitero que não há qualquer acusação no TVF de que os requisitos legais para o registro e a amortização de ágio não foram cumpridos no caso em questão. Pelo contrário, o TVF **afirma** (i) que foi elaborado demonstrativo de rentabilidade futura contemporâneo à aquisição das ações da Quartzolit pela Recorrente; (ii) que houve pagamento (contraprestação) na aquisição da participação; (iii) que por ocasião da aquisição do investimento a Recorrente segregou o investimento do ágio, e (iv) que a amortização do ágio passou a ocorrer após a incorporação da Quartzolit pela Recorrente.*

Também não há nos autos qualquer acusação de simulação de operações.

*Assim, compreendo que não há fundamento **jurídico** para a glosa da amortização fiscal do ágio no caso em questão.*

De se ressaltar que, em momento posterior aos fatos geradores analisados nos presentes autos, a Medida Provisória 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014 veio a trazer no ordenamento tributário restrições específicas para a amortização de ágio em operações ocorridas entre partes relacionadas. Não obstante, até mesmo a exposição de motivos da MP deixa claro que isso foi uma inovação surgida apenas com sua edição. Confira-se:

32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como goodwill. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (goodwill) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com goodwill, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes.

(...)

35. O art. 24 estabelece o conceito de partes dependentes para fins do disposto nos arts. 19 e 21.

*Vale, ainda, uma última observação. É que mesmo as restrições **contábeis** ao registro de ágio em operações intragrupo apenas se tornaram **norma** a partir das novas regras contábeis surgidas **a partir de 2010**. Assim, no caso, a restrição ao registro do ágio com fundamento exclusivo no fato de se tratar de operação entre partes relacionadas não faria sentido nem mesmo sob o prisma da legislação contábil.*

Nesse passo, oportuno citar trecho de artigo de Eliseu Martins publicado em 2012 (este, aliás, é um dos autores do estudo acadêmico utilizado como fundamento das contrarrazões da PGFN)⁶:

(...)

Tudo começou com o Decreto-Lei nº 1.598, de 1976, que cometeu alguns erros técnicos ao definir o ágio como a diferença entre valor de aquisição e valor contábil da parcela patrimonial adquirida, e ao não exigir a utilização fiscal de uma regra de ouro: ágio genuíno por expectativa de rentabilidade futura

⁶ <http://www.valor.com.br/brasil/2805590/dedutibilidade-fiscal-da-amortizacao-do-agio#ixzz24qYwEnO>, acesso em 21.04.2019

(goodwill) é apenas o excedente pago sobre o valor de mercado (valor justo, mais recentemente) dos ativos e passivos adquiridos avaliados individualmente. O decreto criou enorme confusão com menção a ágio por expectativa de rentabilidade futura, fundo de comércio e até a incríveis "outras razões econômicas". Assim, o governo errou na redação original, inclusive ao permitir a interpretação de escolha de classificação e não exigência rígida de hierarquia como passou a ocorrer a partir de 2010 com as normas internacionais de contabilidade. Com isso, passou-se, desde a década de 70, a aceitar valor de ágio chamado de expectativa de rentabilidade futura normalmente por valor maior do que o tecnicamente devido. Mas tudo suportado por esse decreto-lei.

Mas tal decreto só permitia a dedutibilidade do ágio apenas na baixa do investimento. Portanto, na prática nada de problema muito sério. Porém, **com o objetivo de aumentar o valor de suas próprias empresas no processo de desestatização, o governo tomou a iniciativa que redundou na Lei n.º 9.532 em 1997, onde passou a aceitar a dedutibilidade da amortização do ágio em cinco anos, desde que mediante processo de fusão, incorporação ou cisão** (nenhuma lógica nessa subordinação – apenas trabalho adicional às empresas). Pior ainda, emitiu em 2002 a Medida Provisória n.º 66 (Lei n.º 10.637, de 2002) que permitiu ao vendedor diferir, às vezes quase que para sempre, o ganho obtido por esse ágio. Aí foi o paraíso: o vendedor tributava a prazo, às vezes quase infinito, e o comprador deduzia em cinco anos!

Mais recentemente, com o valor dessas dedutibilidades assumindo vultosas cifras, o Fisco começou a autuar as empresas sob os mais variados argumentos: ágio interno, ou seja, derivado de negociações de participações societárias entre empresas do mesmo grupo – mas nada na lei fiscal ou contábil jamais vedou isso até 2010; ausência de "custo" por não haver desembolso de caixa na aquisição, já que pagamento com emissão de ações às vezes – só que jamais a contabilidade subordinou "custo de aquisição" a desembolso em caixa. Há ainda o laudo de avaliação elaborado após a negociação – o laudo nunca foi exigido legalmente e é mesmo comum que ele seja formalizado após a operação, com esta se dando com base em documentos e estudos internos ou externos elaborados rapidamente, apresentados em forma inacabada etc.; a não atribuição, primeiramente, da mais valia dos ativos – mas o próprio Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977 abriu a brecha para escolha de classificação e não hierarquização; não há ágio com patrimônio líquido negativo – mas isso jamais foi mencionado na legislação e, contabilmente, esse reconhecimento faz parte das práticas contábeis aceitas; não atribuição de valor a intangíveis não contabilizados – mas essa exigência contábil começou entre nós apenas a partir de 2010 etc. Ou seja, o Fisco vem procurando consertar, por vias na maioria das vezes muito discutíveis, os erros do próprio governo.

Vê-se, assim, que é preciso solução legal para uma reorganização legal fiscal nesse campo do ágio, como houve reorganização contábil com o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, emitindo o CPC 15 (Combinação de Negócios), prontamente reconhecido pela Comissão de Valores Mobiliários, pelo Conselho Federal de Contabilidade e outros reguladores.

(...) (grifos nossos)

Em conclusão, compreendo que a decisão recorrida deve ser reformada, cancelando-se o auto de infração em discussão, eis que a glosa do ágio realizada carece de fundamento jurídico. Neste sentido, sugeri a seguinte ementa para este julgado:

ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo não era relevante para fins fiscais. A mera circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária.

Em resumo, como manifestei na sessão de julgamento, compreendo que a *legislação tributária* trouxe condições e efeitos fiscais para a amortização do ágio próprios, independentes dos efeitos contábeis, societários e afins, de forma que é inclusive irrelevante o fato de supostamente haver, nestes outros ramos, restrições ao registro de ágio em operações intragrupo. É dizer, uma vez cumpridos os requisitos legais previstos nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997 – em especial a aquisição de participação societária por valor superior ao seu valor patrimonial proporcional, o registro do ágio com base em estudo de rentabilidade futura e a absorção da investida pela investidora ou vice versa –, a princípio a amortização fiscal do ágio há de ser admitida.

Conclusão

São essas as razões pelas quais, na sessão de julgamento, orientei meu voto para não conhecer do recurso especial e, uma vez vencida, negar-lhe provimento.

É a declaração.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella

Acompanhando as conclusões do robusto e motivado voto do I. Relatora, apenas em relação ao mérito submetido a julgamento, por diferentes fundamentos, justifica-se o entendimento pela procedência do Recurso Especial da Fazenda Nacional, registrando a seguir a posição, diversa e própria, deste Conselheiro.

Em outra oportunidade já pronunciou-se, na condição de Relator, sobre essa temática, como consta do v. Acórdãos nº 1402-002.692, de votação unânime, em sessão de julgamento de 26 de julho de 2017, que tratou de operação societária muito semelhante e acusação fiscal praticamente idêntica àquela presente feito. Assim restou ementado tal *julgado*:

ÁGIO INTERNO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. OPERAÇÕES EXCLUSIVAMENTE INTRAGRUPO. CONDIÇÕES DE MERCADO (ARM'S

LENGTH). CONTEÚDO ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. APROVEITAMENTO FISCAL INDEVIDO.

Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos legais, econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

Até a edição da Lei n.º 12.973/2014 (MP n.º 627/2013) não havia proibição expressa e objetiva da amortização fiscal do ágio gerado em operações entre partes relacionadas.

Para o aproveitamento legítimo do ágio interno deve ser demonstrado e comprovado que as operações que lhe deram origem, ainda que procedidas entre partes relacionadas, ocorreram dentro de plenas condições de mercado, como se efetuadas com terceiro alheio à cadeia societária (arm's length), assim como o efetivo e palpável sacrifício econômico na aquisição procedida.

O ágio percebido em mera reorganização societária, procedida exclusivamente entre partes do mesmo grupo empresarial, sem alteração de controle ou a influência de elementos externos, exclusivamente decorrente de variações de valores escriturais, não pode ser aproveitado na apuração do Lucro Real.

Tal ementa resume, com precisão, o entendimento que agora se professa sobre o tema do ágio interno.

Como visto, o *cerne* da matéria é a (im)possibilidade legal e a (i)legitimidade do aproveitamento fiscal de ágio gerado em operação *intragrupo*, à luz da legislação vigente à época dos fatos colhidos pela Fiscalização. Tendo em vista que a exigência refere-se ao ano-calendário de 2008, não se aplicam, aqui, as regras do contábeis introduzidas pelas Leis n.º 11.638/2007 e n.º 11.941/2009 (que inseriu o padrão *International Financial Reporting Standards – IFRS*) e as *novas* normas tributárias da Lei n.º 12.973/14. Igualmente, aquilo tratado nos *posteriores* CPC 15 e CPC 18 é alheio à matéria dos autos.

Cabe aqui, então, uma breve apresentação, retrospectiva e delimitação da legislação regente do tema, agora, sob escrutínio.

Com o crescimento do desenvolvimento empresarial no Brasil do Século XX, após a disseminação acadêmica das Ciências Contábeis e a regulamentação da profissão do contador - com a criação do Conselho Federal de Contabilidade - veio a Lei n.º 6.404/76 modernizar as práticas contábeis nacionais, contemplando um capítulo próprio para as demonstrações financeiras, influenciada por práticas e padrões *norte-americanos* (em desprestígio da *escola italiana*, que antes norteava as produções da contabilidade nacional).

Diante dessas significativas alterações contábeis, logo depois, foi publicado o Decreto-Lei n.º 1.598/77, motivado pela necessária promoção de adequação da legislação fiscal às novas regras contábeis, fixando critérios de apuração da base de cálculo do IRPJ, quantificado a partir do lucro contábil das entidades.

E já nessas disposições do Decreto-Lei nº 1.598/77 estabeleceu-se como seria feita a contabilização das aquisições de participações societárias, então submetidas à avaliação pelo método de equivalência patrimonial.

Nessa esteira, a redação veiculada no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 determinou que a entidade que avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deveria, na ocasião da aquisição da participação societária, desdobrar o custo desta operação em: valor de patrimônio líquido e *ágio* ou *deságio* percebido – estes últimos calculados pela diferença entre o valor total praticado na transação de obtenção do investimento societário e o valor de patrimônio líquido, correspondente a tais participações adquiridas, na época do evento.

Frise que o art. 20, §2º, do Decreto-Lei nº 1.598/77⁷ também estabeleceu que o registro contábil do *ágio*, segregado e autônomo, seria procedido conforme o seu fundamento econômico, elencando as seguintes modalidades: 1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada, superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; 2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e 3) valores referentes ao fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Naquela época, ficou estabelecido que o valor do *ágio* seria submetido apenas à amortização contábil, por meio de lançamento em conta redutora de ativo, em contrapartida a despesas operacionais, sendo que os critérios de amortização iriam variar de acordo com o seu respectivo fundamento econômico. O seu art. 25⁸, após alteração pontual do Decreto-lei nº 1.730/79, expressamente impôs a *neutralidade* do *ágio* e do *deságio* na apuração do Lucro Real, podendo seu *saldo* contábil apenas influenciar o cálculo de eventual ganho ou perda de capital, na alienação ou liquidação do investimento societário, nos termos do art. 33⁹.

⁷ 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.

⁸ Art. 25 - As contrapartidas da amortização do *ágio* ou *deságio* de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

⁹ Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II - saldo não amortizado de *ágios* ou *deságios* na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

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

E assim foi até a segunda metade da década de 1990, quando, dentro do “Pacote FHC”, deu-se início ao processo de privatização das empresas estatais.

No contexto do Programa Nacional de Desestatização – PNI – sem modificar as regras contábeis sobre o tratamento do ágio - foi publicada a Lei n.º 9.532/97, alterando a legislação tributária federal, que trouxe no seu artigo 7º disposição expressa que permitia, quando da incorporação entre a empresa investidora (adquirente, a qual registrou o ágio da aquisição da participação societária) e a coligada ou controlada investida (adquirida), a dedução das despesas referentes ao ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura do Lucro Real, na proporção máxima de 1/60 (um sessenta avos) ao mês – 5 (cinco) anos. O art. 8º garantiu a mesma possibilidade de dedução do ágio quando se operava a *incorporação reversa* pela investida, ao invés da investidora¹⁰.

Assim, em suma, este é o cenário contábil (Decreto-Lei n.º 1.598/77) e normativo-tributário (Lei n.º 9.532/97) do aproveitamento fiscal do ágio, ao tempo das operações e aplicáveis *atos jurídicos tributários* colhidos na Autuação.

¹⁰ Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pode-se objetivamente extrair de tais disposições que a dedução ágio do Lucro Real a ser apurado demandaria um sacrifício econômico na aquisição de participação societária, que expresse *sobrepreço* em relação ao valor correspondente do patrimônio líquido do *investimento*, atribuído a *rentabilidade futura* calculada, seu registro, *por ocasião* da operação, com a segregação de sua monta, e a extinção de pessoa jurídica investida, *em virtude de incorporação, fusão ou cisão*, a absorção do seu patrimônio pela investidora (ou vice-versa).

Certa e claramente, não existia qualquer proibição expressa para o aproveitamento tributário do chamado ágio interno, gerado em operação entre partes relacionadas.

Mas, frise-se desde já, que, por diversas ocasiões, forenses e acadêmicas, este Julgador pesquisou a fundo a jurisprudência deste E. CARF sobre a temática do *ágio interno*, desde os julgados proferidos no início de 2011 (mais de duas décadas), e encontrou cenário que, de 2011 a 2014, das 7 (sete) Turmas Ordinárias operantes na 1ª Seção que efetivamente apreciaram o tema em questão, apenas as C. 1ª Turma Ordinária e 2ª Turma ordinária da 1ª Câmara reconheciam *objetivamente* o direito ao *ágio interno*, com base na licitude dos negócios celebrados, sem proceder a qualquer diferenciação com a mesma *mais-valia* apurada em operações com partes independentes. Depois, entre breve período entre 2015 e 2018, das 5 (cinco) Turmas Ordinárias operantes na 1ª Seção, apenas a C. 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara adotava entendimento semelhante, que chancelava amplamente a permissão legal de tal operação – não havendo, assim, dúvidas que o acatamento do chamado *ágio interno*, pela simples ausência de sua proibição em norma fiscal, sempre foi corrente minoritária da jurisprudência administrativa tributária federal.

Conforme caminhou a jurisprudência majoritária deste E, CARF e dos seus antecessores E. Conselhos de Contribuintes, tratando-se dessas operações que ocorreram em ambiente *intragrupo*, dando margem ao registro de *ágio*, a verificação de alguns dos requisitos apresentados ganha outra importância, relatividade e especificidade, como por óbvio, a relação entre *investida* e *investidora* e o *sacrifício econômico*.

Isso pois, mesmo considerando a inexistência de vedação, tratando-se o ágio de um *dispêndio*, que pressupõe ter sido sofrido pela entidade em contrapartida à aquisição de um de investimento (custo), a sua redução das bases tributáveis dos tributos sobre a renda não comportam artificialidade e a inexistência de efetiva transação¹¹. Como o célebre ex-conselheiro deste E. Tribunal Administrativo, Marcos Shigueo Takata, nos ensina¹², é necessário analisar, identificar e dar tratamento jurídico diverso ao *ágio interno sem causa* e ao legítimo *ágio interno com causa*, real - efetivamente precificado e pago, diga-se.

¹¹ Tal característica do ágio, para fins de verificação de sua dedutibilidade na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, foi tratada no v. Acórdão nº 9101-005.773, de relatoria deste Conselheiro, proferido por esta 1ª Turma da CSRF, em sessão de julgamento de 09/09/2021.

¹² *Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias*. In *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 3º vol. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes, São Paulo : Dialética, 2012. p. 214.

Nesse ponto, o fato da aquisição ter ocorrido entre *partes não relacionadas* deve ser relativizado, não sendo um elemento proibitivo da dedução do ágio, podendo ser cabalmente demonstrado e comprovado que a operação interna ao Grupo Empresarial possuiu características econômicas e financeiras como se tivesse sido realizada externamente, com terceiros, não pertencentes ao conglomerado societário.

Ainda, o critério *sacrifício econômico* é intimamente relacionado com tal aferição, seja em termos da efetiva ocorrência do dispêndio, economicamente oneroso, para a parte adquirente - como se de parte independente estivesse adquirindo - seja também em relação à negociação e mensuração dos valores envolvidos (devendo se adequar às avaliações e preços praticados em operações concretas, ocorridas em ambiente mercadológico livre).

Em outras palavras, nestas operações *intragrupo*, uma vez questionadas pelo Fisco, para a validação de seus efeitos tributário impõem-se a demonstração da observância de circunstâncias *arm's length*, que há muito está presente em inúmeras normas do sistema jurídico nacional, visando evitar e mitigar *artificialidades*.

Tanto assim é que o artigo 245 da Lei das S/A¹³, quando determina a adoção de condições *estritamente comutativas* em transações entre empresas relacionadas societariamente, exprime o *claro intuito de desconsiderar a dependência entre as sociedades no contexto da prática de operações entre elas*, como defendem os professores André Mendes Moreira e Eduardo Lopes de Almeida Campos¹⁴, em obra específica sobre a validade do ágio decorrente de operações entre empresas sob o mesmo controle.

Não obstante, o Professor Luís Eduardo Schoueri¹⁵ também rechaça o aproveitamento fiscal do ágio gerado em operações entre entidades do mesmo Grupo Econômico, fora da observância das condições de mercado:

Também não merecem prosperar as operações que se afastam dos parâmetros daquelas ocorridas entre partes independentes. O ágio deve ser pago como resultado de longas negociações entre as partes e, como tal, deve refletir preços de mercado, que seriam pagos em transações entre partes independentes. O preço e as demais condições de uma aquisição de participação societária entre partes ligadas, desta forma, devem ser arm's length, aproximando-se dos preços e das condições verificados em operações ocorridas no mercado. (destacamos)

¹³ Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

¹⁴ O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões Atuais. São Paulo : Quartier Latin, 2015. pp. 392-393.

¹⁵ Ágio em Reorganizações Societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012. p. 115.

Registre-se que tais *condições e circunstâncias* negociais podem ser atestadas por estudo ou laudo técnico específico, produzido por profissional ou companhia competente, desvinculado do Grupo Econômico – é possível até ser um elemento individual, inerente ao método de avaliação adotado - mas não se confunde com a ordinária mensuração do fundamento econômico do ágio e seu mero *registro* contábil, procedido em razão da própria operação interna, conforme exigia o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. As condições de mercado devem estar específica, direta e objetivamente evidenciadas, através de dados e elementos extrínsecos à entidade e ao conglomerado que esta pertence (não podendo ser algo *inferido* ou *pressuposto*).

Dito isso, analisando os fatos incontroversos na presente demanda, temos que o ágio foi gerado em *transação* compreendida pelo trânsito interno, em movimentação *circular*, entre companhias relacionadas, de participações societárias do próprio Grupo Econômico, avaliadas e reavaliadas, dando margem à monta amortizada, que efetivamente reduziu as bases tributáveis da Contribuinte. Que fique claro que isso **não** implica na ocorrência de *simulação* ou perpetração de conduta *fraudulenta* ou, ainda, se traduz em prática arditosa, com intenção de gerar algum dano - não havia proibição de tal manobra e, em momento nenhum, qualquer elemento da operação foi ocultado das Autoridades Tributárias.

Está-se, agora, em Instância especial de jurisdição administrativa, sendo vedada a reanálise de provas, limitado o julgamento ao tema de Direito referente à divergência na interpretação da legislação tributária demonstrada no *Apelo*, cujo o conhecimento foi acato e confirmado pela C. Turma, considerando os fatos já estabelecidos e analisados anteriormente.

Porém, buscando averiguar se houve debate prévio no feito sobre eventual demonstração e existência de provas de *condições de mercado* da operação realizada, temos que o TVF menciona à fl. 1.497 *Laudo de Avaliação emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda.* De fato, a própria Autoridade Fiscal juntou às fls. 112 a 160 *relatório de Avaliação Econômico-Financeira*, datado de 10/12/2003.

E, às fls. 223 a 280, também foi acostado pela Fiscalização o *Estudo de rentabilidade futura da Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. (COPAGAZ ou Empresa), da data-base de 31 de dezembro de 2005, que será utilizado para fundamentar a amortização do saldo remanescente do ágio pago nas aquisições da mesma*, igualmente elaborado pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., datado de 28/12/2006.

Observando a Impugnação da Contribuinte (fls. 1.528 a 1.601) e seus documentos, constata-se que não há qualquer menção ao *Laudo* ou ao *Estudo*, tampouco argumentação ou prova da *materialidade* do dispêndio com ágio e da celebração da aquisição em condições de mercado. Em relação ao mérito, apenas defende-se a legalidade da operação, sua motivação de *organização* e *otimização* do conglomerado empresarial, a ausência de proibição ou previsão de tratamento diverso para o ágio gerado *intragrupo* - socorrendo-se de doutrina e jurisprudência administrativa. A argumentação é jurídica e não se instruiu a peça com os mesmos, ou outros, estudos econômico-financeiros.

Apesar disso, a DRJ menciona os documentos em questão. Porém, em termos decisórios, apenas lhes invoca para fazer a seguinte afirmação:

O quadro que emerge dos autos permite elucidar com clareza a formação do ágio intragrupo. Primeiramente, por meio do Laudo de Avaliação Econômico-Financeira (fls. 112160), de 10/12/2003, o valor presente da projeção de resultados futuros da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda. é avaliado em R\$ 209.196.500,00, com ágio de R\$ 179.504.355,98 (T.V.F – fl. 1497). A seguir, em 12/08/2004, a empresa MS Administração e Participações integraliza capital na empresa a SIGMA Participações S/A da ordem de R\$ 209.197.000,00, a qual, em 16/08/2004 ingressa no quadro societário da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda como sua controladora. A operação é seqüenciada pela 90ª Alteração Contratual da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda, de 16/09/2004, na qual a na qual é aprovada a operação de incorporação da SIGMA pela COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda e sua extinção. Desta forma a COPAGAZ recepcionou o ágio contabilizado e que teve origem em sua própria avaliação. (fls. 1.626)

Em Recurso Voluntário, a Contribuinte, em relação ao mérito ora sob julgamento, apenas menciona o seguinte: *nesse sentido, cumpridas as disposições do art. 385, 386 do RIR/99, jamais poderia trazer conceituações para desconsiderar a figura do ágio.. Com efeito, houve cumprimento de todos os requisitos contábeis e legais vigentes, inclusive com laudo emitido por sociedade independente, Deloitte Touche Tohmatsu Ltda., que trouxe a avaliação econômica fundamentadora do ágio e que, estranhamente, a fiscalização sequer tangenciou em refutar (fls. 1.672).*

No voto vencedor do v. Acórdão recorrido (fls. 1.748 a 1.796), é mencionada a figura do *Laudo* de maneira geral, diversas vezes, mas para reconhecer a artificialidade da *despesas* incorrida nos ágio intragrupo, por meio de *conferência de ações*, afirmando não haver materialidade nessas transações (lembre-se que o I. Redator Designado *a quo* adotou tese jurídica na qual se entende que a legislação tributária permitia a amortização fiscal do ágio, sem qualquer expressão econômica ou transacional, arrimado apenas em documentação contábil). Confira-se as mencionadas passagens:

Até agora sabemos que o ágio é a diferença entre o valor pago pelas ações e o valor patrimonial dessas ações. Ora, com a subscrição de ações, a uma assunção de dívida pelo subscritor, sendo que a integralização do capital pode se feita pela entrega de bens (dação em pagamento) ou pelo simples pagamento em dinheiro. Assim nasceu, ainda dentro do processo de privatização das empresas estatais, um novo pleito o qual consistia em fazer com que o ágio passasse a ser gerado por mero laudo de avaliação em conferência de ações, ou seja, evitando assim que o investidor tivesse que desembolsar recursos financeiros na aquisição das estatais. Isso seria possível, por exemplo, se o investidor pudesse integralizar capital na estatal com ações de uma terceira empresa, avaliada acima de seu valor patrimonial. Todavia, se ações dada em pagamento estavam contabilizadas por um valor menor do que aquele que lhe foi conferido, haveria ganho de capital a ser tributado. Como então remover esse obstáculo?

(...)

Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66 teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.

(...)

Os óbices para o registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura em operações entre empresas interligadas como também quando não houver a mudança de controle só surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 12.973/14. Será que a relatora quer fazer retroagir tal norma? Certamente que não.

E, por fim, em Contrarrazões, brevemente, menciona-se a certificação do ágio por *Laudo*, mas ainda dentro de uma defesa jurídica de ausência de proibição e validade do negócio celebrado:

63. Portanto, as despesas decorrentes das diferenças entre o valor nominal das ações integralizadas e aquele aferido no laudo de avaliação não podem ser glosadas, sob argumento de simulação, fraude ou dolo, e ainda, sob abuso de direito haja vista:

a) a confirmação da existência das operações;

b) a observância dos ditames legais;

c) a evidente bitributação derivada dessa glosa, vez que o ganho capital ainda haverá de ser tributado quando de sua realização.

Pois bem, de um lado, fica claro que o debate que veio a esta C. 1ª Turma da CSRF foi apenas de Direito, em relação à *licitude* da amortização do ágio interno. Porém, de outro lado, conforme consta do início do presente voto, apenas acompanhou-se a I. Relatora pelas conclusões, adotando-se premissa diversa, em que até aceitar-se-ia a *dedução* do ágio interno, se existente o *sacrifício econômico* na sua formação e provado que a operação que lhe propiciou observou *arm's length*.

Assim, tendo em vista que o *Laudo* e o *relatório* constam da própria instrução do Auto de Infração sob análise, tendo sido tratados em decisões pretéritas, inclusive aquela, agora, combatida, para dar completude, racionalidade e coerência a este registro, permite-se cotejá-los com a posição defendida.

O chamado *Laudo de Avaliação* emitido pela Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., acostado às fls. 112 a 160 (*relatório de Avaliação Econômico-Financeira*), datado de 10/12/2003, mensurou o valor da totalidade das quotas da Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. em R\$ 209.116.000,00 (duzentos e nove milhões cento e dezesseis reais), mas

expressa e textualmente, apenas utilizou da metodologia *income approach* e, dentro desta, teve como base exclusiva o valor presente líquido dos fluxos de caixa gerados por operações futuras, processando e analisando, assim, para esta quantificação, somente informações e dados da própria entidade:

No presente estudo, conforme detalhado no relatório a seguir, adotamos o *Income Approach* (Método da Lucratividade), baseado no enfoque do Fluxo de Caixa Futuro Descontado a Valor Presente. O enfoque do Fluxo de Caixa Descontado se baseia no conceito de que o valor econômico de um negócio em marcha está diretamente relacionado ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos gerados pelas operações da empresa no futuro. Isso porque, somente o caixa pode ser usado para pagamento de dividendos ou novos investimentos.

(...)

Em nosso processo de avaliação baseamos nossas estimativas em documentos e informações, os quais em sua maioria, nos foram fornecidos pela administração da **COPAGAZ**. Estes documentos e informações a nós fornecidos incluem, entre outros, os seguintes:

- Demonstrações Financeiras auditadas de 31 de dezembro de 1999, 2000, 2001 e 2002;
- Demonstrações Financeiras, não auditadas, de 30 de setembro de 2003;
- Relatórios gerenciais de 31 de dezembro de 1999, 2000, 2001, 2002 e setembro de 2003;
- Balancetes de 31 de dezembro de 1999, 2000, 2001, 2002 e setembro de 2003;
- Organograma Operacional;
- Contrato social; e
- Orçamento de 2003 a 2012 da Companhia;

Além da utilização dos documentos e relatórios acima mencionados e realizamos reuniões com a Direção da Empresa buscando informações que nos permitissem melhorar nosso entendimento do seu processo operacional.

(...)

A avaliação econômico-financeira da **COPAGAZ** foi realizada pelo método do *Income Approach*, com base no valor presente líquido dos fluxos de caixa gerados pelas operações futuras, conforme premissas e considerações descritas anteriormente.

Dessa forma, com base no escopo de nossa revisão, pesquisa, análises, informações obtidas e conhecimento adquirido na execução de nossos trabalhos e, principalmente, nas projeções das atividades operacionais futuras da Empresa, preparadas conforme detalhado neste relatório, estimamos que, na data-base de 30 de setembro de 2003, o valor presente líquido da totalidade das quotas da **COPAGAZ** é de R\$ 209.196 mil (Duzentos e nove milhões, cento e noventa e seis mil reais), de acordo com o quadro a seguir:

Resultado da avaliação	R\$ mil
Fluxo de Caixa Projetado a Valor Presente	146.007
Valor residual (perpetuidade)	138.715
Fluxo Operacional da COPAGAZ	284.722
(-) Ativos e Passivos não Operacionais	(53.305)
(-) Parcelamento Especial (Lei 10.684/03)	(22.221)
Valor Econômico da COPAGAZ	209.196

O método *market approach* (o qual vale-se de *comparação com operações de fusão e aquisição recentes* e dos *múltiplos comparáveis*, considerando valoração de entidades similares do mercado) foi expressamente descartado pela suposta indisponibilidade de dados (utilizando-se, inclusive, de tal pretensa constatação para eleger o *income approach* como método mais apropriado):

Base de Avaliação Adotada

Ao refletirmos sobre qual o método mais apropriado para determinar o valor justo de mercado da **COPAGAZ**, adotamos o *Income Approach*, fundamentado no fluxo de caixa descontado a valor presente, sendo que consideramos principalmente os seguintes fatores:

- Os dados disponíveis sobre empresas estrangeiras similares não são inteiramente aplicáveis devido às diferenças de dados sócio-econômicas, economia nacional, volume dos mercados de atuação, porte das empresas, etc.
- Existe uma carência de dados estatísticos confiáveis no mercado brasileiro, tanto em volume como em qualidade.
- O *income approach* proporciona uma abordagem confiável e sofisticada do valor da empresa, pois considera todos os elementos associados ao fluxo de caixa gerado pela empresa nas operações futuras, devidamente ajustado ao risco pela taxa de desconto (*WACC* ou custo médio ponderado de capitais).
- Na abordagem do *income approach*, utilizamos a metodologia do fluxo de caixa futuro, descontado a valor presente, porque entendemos que somente este modelo captura de forma dinâmica as expectativas quanto ao fluxo de rendimentos esperado para a **COPAGAZ**.

Não se está rejeitando ou invalidando tal método de avaliação, largamente aceito, praticado e respaldado internacionalmente. Pelo contrário: é a metodologia mais comum de se proceder a um *business valuation* e, inclusive, o fluxo de caixa descontado é a legítima e mais tradicional maneira para se calcular a expectativa de rentabilidade futura.

Contudo, diante de uma inquestionável operação entre partes relacionadas, sob mesma gestão ou controle, submetida a questionamento fiscal fundamentado, a determinação do *preço*, do *custo de aquisição* de investimento, antes pertencente a outro membro do mesmo Grupo Econômico, escorada somente em projeção financeira da própria entidade, com uma dada determinação de taxa de descontos e avaliação de riscos, sem qualquer elemento comparativo com outras transações efetuadas dentro da liberdade negocial do mercado, com *partes* detentoras de interesses diretamente antagônicos na determinação da monta a ser praticada na alienação, efetivamente submetida ao embate comercial, às discordâncias técnicas e à própria *barganha*, não exprime o devido *arm's length*.

Diante disso, ainda que tal documento seja muito técnico, hígido, bem elaborado, fidedigno e verdadeiro dentro de suas premissas, análises e conteúdo, este não se presta a comprovar que a operação se deu em reais condições de mercado e, muito mesmo, que a transação representou algum sacrifício econômico efetivo e palpável para a companhia investidora.

Em relação ao derradeiro *Estudo de rentabilidade futura da Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. (COPAGAZ ou Empresa), da data-base de 31 de dezembro de 2005, que será utilizado para fundamentar a amortização do saldo remanescente do ágio pago nas aquisições da mesma*, juntado às, fls. 223 a 280 e datado de 28/12/2006, as circunstâncias são as mesmas.

Confira-se, igualmente, o objetivo, os elementos de análise e a metodologia adotada nesse documento *posterior*, que metrificou o gozo fiscal do ágio:

Em atendimento à solicitação de V.Sas. e em consonância com os entendimentos estabelecidos em nossa proposta, apresentamos, a seguir, os resultados finais de nosso estudo de rentabilidade futura da Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. (**COPAGAZ** ou Empresa), na data-base de 31 de dezembro de 2005, que será utilizado para fundamentar a amortização do saldo remanescente do ágio pago nas aquisições da mesma.

Adicionalmente, procedemos à avaliação econômico-financeira da **COPAGAZ**, na data-base de 31 de dezembro de 2005, considerando as mesmas premissas operacionais aplicadas ao estudo de rentabilidade futura. As premissas e considerações particulares à avaliação econômico-financeira da **COPAGAZ**, bem como os resultados, estão apresentadas no Anexo II deste Relatório.

(...)

No estudo de rentabilidade futura da **COPAGAZ**, baseamos nossas análises projetivas em informações fornecidas pela Administração da Empresa e no nosso melhor entendimento em relação às expectativas da Empresa e do mercado de distribuição de GLP em geral.

No presente estudo, conforme detalhado no relatório a seguir, realizamos as projeções da Demonstração do Resultado de forma a estimar o Lucro antes do Imposto de Renda e Contribuição Social, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2006 e 31 de dezembro de 2015, considerando a continuidade das operações da Empresa nas atuais linhas de produtos e serviços atualmente existentes.

VI. Escopo de Verificação

Em nosso processo de estudo de rentabilidade futura baseamos nossas estimativas em documentos e informações, os quais, em sua maioria, nos foram fornecidos pela Administração da **COPAGAZ**. Estes documentos e informações a nós fornecidos incluem, entre outros, os seguintes:

- Demonstrações Financeiras auditadas de 31 de dezembro de 2003, 2004 e 2005;
- Relatório gerencial de 31 de dezembro de 2005 e 30 de junho de 2006;
- Balancete de 31 de dezembro de 2005 e 30 de junho de 2006;
- Organograma Operacional.

Além da utilização dos documentos e relatórios acima mencionados e realizamos reuniões com a Direção da Empresa buscando informações que nos permitissem melhorar nosso entendimento do seu processo operacional.

(...)

Adicionalmente ao estudo de rentabilidade futura da Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. (**COPAGAZ** ou Empresa), conforme solicitado por V.Sas., procedemos ao trabalho de estimar o “valor justo de mercado” (*fair market value*), em 31 de dezembro de 2005 (data-base da avaliação), da totalidade das quotas da **Copagaz Distribuidora de Gás Ltda. (COPAGAZ)**, pela metodologia do *Fluxo de Caixa Descontado a Valor Presente*.

(...)

Base de Avaliação Adotada

Ao refletirmos sobre qual o método mais apropriado para determinar o valor justo de mercado da **COPAGAZ**, adotamos o *Income Approach*, fundamentado no fluxo de caixa descontado a valor presente, sendo que consideramos principalmente os seguintes fatores:

- ✓ Os dados disponíveis sobre empresas estrangeiras similares não são inteiramente aplicáveis devido às diferenças de dados sócio-econômicas, economia nacional, volume dos mercados de atuação, porte das empresas, etc.
- ✓ Existe uma carência de dados estatísticos confiáveis no mercado brasileiro, tanto em volume como em qualidade.
- ✓ O *income approach* proporciona uma abordagem confiável e sofisticada do valor da empresa, pois considera todos os elementos associados ao fluxo de caixa gerado pela empresa nas operações futuras, devidamente ajustado ao risco pela taxa de desconto.
- ✓ Na abordagem do *income approach*, utilizamos a metodologia do fluxo de caixa futuro, descontado a valor presente, porque entendemos que somente este modelo captura de forma dinâmica as expectativas quanto ao fluxo de rendimentos esperado para **COPAGAZ**.

Resumidamente, com base na nossa experiência em avaliação econômico-financeira envolvendo fusões, aquisições, cisões e privatizações, e levando em consideração os fatores acima, acreditamos que o método mais apropriado para avaliar a **COPAGAZ** seja o *Income Approach*, descontando-se fluxos de caixa projetados a valor presente.

(...)

VIII - RESULTADO DA AVALIAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A avaliação econômico-financeira da **COPAGAZ** foi calculada pelo do *Income Approach*, com base no valor presente líquido dos fluxos de caixa gerados pelas operações futuras, conforme premissas e considerações descritas anteriormente.

Dessa forma, com base no escopo de nossa revisão, pesquisa, análises, informações obtidas e conhecimento adquirido na execução de nossos trabalhos e, principalmente, nas projeções das atividades operacionais futuras da Empresa, preparadas conforme detalhado neste relatório, estimamos que, na data-base de 31 de dezembro de 2005, o valor presente líquido da totalidade das quotas da **COPAGAZ** é de R\$ 531.982 mil (Quinhentos e trinta e hum milhões, novecentos e oitenta e dois mil), cuja composição apresentamos abaixo.

Resultado da avaliação	R\$ mil
Fluxo de Caixa Projetado a Valor Presente	322.610
Valor residual (perpetuidade)	222.819
Fluxo Operacional da COPAGAZ	545.429
(+) Ativos e Passivos não Operacionais	11.610
(-) Parcelamento Especial (Lei 10.684/03)	(25.057)
Valor Econômico da COPAGAZ	531.982

Vale ressaltar que o valor justo de mercado pressupõe o valor da **COPAGAZ** “*on a stand alone basis*”, isto é, sem considerar, portanto, eventuais expectativas de sinergias ou benefícios indiretos sob a ótica de um investidor específico.

Mais uma vez, não obstante a precisão e qualidade do notável trabalho dos renomados *consultores*, é certo que tal *estudo e avaliação complementar* também não provam que a operação deu-se dentro das legítimas condições de mercado ou atestam algum sacrifício econômico real sofrido no pagamento da *mais-valia*.

Assim, considerados tais motivos, o ágio interno, aqui investigado, não guarda a *realidade* e a materialidade necessárias para devidamente reduzir as bases tributáveis dos tributos sobre a renda devidos pela Contribuinte.

Desse forma, esclarecida a posição sobre o tema e os critérios adotados para o presente voto, entende-se que, por estes fundamentos específicos, nessa contenda, assiste razão à reclamação da Fazenda Nacional.

Diante do exposto, prestando novamente as devidas homenagens ao I. Relatora, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, reformando o v. Acórdão n.º 1302-001.977 quanto à dedução do ágio, devendo os autos retornarem à C. Turma Ordinária *a quo* para a análise e julgamento das matérias antes prejudicadas.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella