



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

Processo n° 10480.723383/2010-76
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.187 – 1ª Turma
Sessão de 20 de janeiro de 2016
Matéria Reestruturação societária para amortização de ágio.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

PROCESSOS COM RELAÇÃO DE DECORRÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO CONJUNTA PARA O RELATOR DO PROCESSO PRINCIPAL.

O fato de a compensação de prejuízos nos anos subseqüentes (2007/2008 - processo n° 10480.723383/2010-76) depender do estoque de prejuízos que remanescer nos autos que tratam dos anos anteriores (2001/2006 - processo n° 19647.010151/2007-83) não deixa dúvida de que há relação de decorrência entre os processos relativos a esse conjunto de períodos. Havendo relação de decorrência, é correta a distribuição conjunta dos processos para o conselheiro que havia recebido aquele que deve ser considerado como processo principal.

SOBRESTAMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão regimental para sobrestamento ou suspensão de processo administrativo fiscal. Na dinâmica do PAF, que é regido pelo princípio da oficialidade, as incongruências de julgamento são evitadas na medida em que, num mesmo nível de instância, a decisão sobre a questão prejudicial é proferida e depois incorporada ao processo dependente. Havendo reversão da decisão administrativa "principal" nas fases seguintes, dada a relação de dependência processual, a nova decisão produzirá os devidos reflexos nos processos que dela são dependentes, como vinha ocorrendo nas fases anteriores. Os fundamentos da decisão no processo principal e que se refletem no processo dependente podem igualmente ser questionados nas etapas processuais seguintes, havendo ainda a possibilidade de revisão de ofício pela unidade que fará a execução do julgado, de modo a evitar contradições entre as decisões nos processos conexos, com relação de dependência.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

16 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ano-calendário: 2007, 2008

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE ESTIMATIVAS. RETORNO À TURMA *A QUO* PARA APRECIÇÃO DE QUESTÕES CUJO EXAME RESTOU PREJUDICADO NAQUELA INSTÂNCIA.

Tendo sido restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa isolada por falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para o julgamento dos pontos específicos suscitados em relação a esta matéria, que não foram apreciados por ocasião do julgamento do recurso voluntário da contribuinte em razão do posicionamento adotado anteriormente naquela instância.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Decisão dos membros do colegiado: levantada a questão da distribuição por conexão do processo 19647.010151/2007-83, a Turma decidiu tratar-se de decorrência, mantendo o despacho de redistribuição por voto de qualidade. vencidos os Conselheiros Luís Flávio Neto, André Mendes Moura, Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, ficando prevento o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. 1) Quanto ao conhecimento, por maioria de votos, Recurso Especial da Fazenda Nacional conhecido, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. 2) Quanto ao mérito do Tema Ágio, por maioria de votos, Recurso Especial da Fazenda Nacional provido, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, mantendo as conseqüências em relação aos ajustes no estoque de prejuízos fiscais. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. 3) Quanto às multas por estimativa, por

unanimidade de votos, determinar o retorno dos autos à Turma a *quo* para julgamento. O Conselheiro Luís Flávio Neto apresentará declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - *Presidente*.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal De Araujo - *Relator*.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO, RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 20/11/2012, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), alegando divergência jurisprudencial em relação: (I) à aplicação de decisão proferida em processo conexo, não transitada em julgado, e (II) à despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

A recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1301-000.999, de 07/08/2012, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, deu provimento a recurso voluntário apresentado pela contribuinte acima identificada.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007 e 2008

DECADÊNCIA - Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007 e 2008

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA - No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que

dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA – CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

A PGFN afirma que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que tem sido dada em outros processos, especificamente quanto (I) à aplicação de decisão proferida em processo conexo, não transitada em julgado, e (II) à despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

Para o processamento de seu recurso, a PGFN desenvolve os argumentos descritos abaixo:

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE

1) Da aplicação de decisão em processo conexo (parcialmente) não “transitada em julgado”

- consta do voto condutor do acórdão recorrido:

Quanto à infração apontada pela fiscalização a título de compensação indevida de prejuízos e de bases negativas da CSLL, a mesma resultou dos ajustes procedidos nos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas, nos autos do processo nº 19647.010151/200783. Uma vez que em sessão de 11 de abril de 2012, a 1ª Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste CARF, pelo Acórdão 1201-00.689, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte naquele processo, e restabeleceu os prejuízos e bases negativas de CSLL, não prevalece à acusação de compensação indevida.

Por todo o exposto, AFASTO a preliminar de decadência suscitada, para no mérito, DAR provimento ao recurso.”

- ocorre que o processo mencionado na decisão guerreada como pressuposto para o reconhecimento do direito creditório do contribuinte, e, por consequência, como condição para o provimento de seu recurso ainda se encontra em trâmite na seara administrativa;

- sobre a questão da análise de processo decorrente de outro feito administrativo, cuja análise seria prejudicial ao deslinde da questão ventilada no processo conexo, a e. Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes determinou a anulação do acórdão e o sobrestamento do feito, até que seja proferida decisão administrativa definitiva no processo principal. Confira-se a ementa do referido julgado, abaixo transcrita:

Acórdão nº 301-30.894

NORMAS PROCESSUAIS – ACÓRDÃO CONDICIONADO – NULIDADE – A atividade judicante não pode expressar-se de forma condicionada a fato futuro e incerto, em especial de processo administrativo fiscal pendente de julgamento, sob pena de não solucionar a lide proposta ou promover

solução que não pode ser açambarcada pela ocorrência futura. Na impossibilidade de ser prolatada decisão considerando a interdependência de processos ou decorrência, é cabível a suspensão do julgamento para aguardar a solução da lide principal.

Embargos de Declaração Acolhidos e Providos para anular o Acórdão n.º 301-30.894, de 01/12/2003, e suspender o julgamento até o trânsito em julgado do Processo Administrativo Fiscal nº 18336.000729/2002-20.

EMBARGO ACOLHIDO E PROVIDO".

- diante do julgamento acima, há clara divergência jurisprudencial que, diante da mesma situação, qual seja, a aplicação de decisão proferida em processo vinculado, os órgãos julgadores decidiram de forma contrária;

- o acórdão recorrido se fundamentou em decisão proferida no processo de nº 19647.010151/2007-83, desconsiderando o fato de que a referida deliberação não é definitiva e que pode vir a ser reformada por força de recurso especial interposto pela União, enquanto que a e. Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, acolheu a tese de que a decisão proferida num determinado processo somente poderia ser aplicada a outro a ele conexo após ter se tornado definitiva;

- ressalte-se que a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes afirma que o trânsito em julgado da decisão proferida no processo seria condição, futura e incerta, para o julgamento da lide decorrente, razão pela qual configuraria um empecilho à atividade judicante no processo conexo;

2) Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários

- conforme exposto no item 1, o acórdão recorrido vinculou o resultado do julgamento à sorte do que restou assentado nos autos nº 19647.010151/2007-83;

- assim, pede-se vênia para fazer referência à divergência e aos fundamentos já perfilhados em recurso especial interposto naqueles autos (processo nº 19647.010151/2007-83);

- inicialmente, faz-se necessário mencionar breve relato fático a fim de compreender a seqüência de operações societárias levadas a termo pelo autuado com a única e exclusiva finalidade de se furtar ao recolhimento de tributos;

- o ágio, cuja dedutibilidade ora se discute, decorre da aquisição da Companhia Energética de Pernambuco –CELPE, mediante processo licitatório de privatização, realizado em 17/02/2000;

- na oportunidade, os adquirentes da CELPE consistiam num consórcio de empresas, formado por ADL Energy S/A, PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, BB – Banco de Investimentos S/A, resultando os mesmos com 89,60% do capital votante e 79,62% do capital total, tendo sido a aquisição efetuada com incorporação de expressivo ágio;

- nesse processo licitatório de privatização, ficou assegurada à empresa 521 Participações S/A, representante dos empregados da CELPE, a reserva da aquisição de parte

das ações. Conjuntamente com as empresas acima mencionadas, a 521 – Participações S/A constituiu o Novo Grupo de Controle da CELPE, detentor de 94,94% do capital votante e 84,38% do seu capital total;

- como noticia a Fiscalização no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, posteriormente, os adquirentes manifestaram o interesse de transferir o benefício fiscal de aproveitamento do referido ágio à empresa GUARANIANA S/A, sociedade da qual eram sócios e por meio da qual concentravam a participação societária em outras empresas concessionárias de energia elétrica (chamada pela Contribuinte Recorrente de holding operacional);

- interessante notar que a questão foi discutida em reunião do Conselho de Administração da empresa Guaraniãna, em 27/12/2000, momento em que se registrou o interesse do Grupo adquirente em deduzir na própria CELPE a amortização do ágio pago na aquisição de suas ações, e que, para tanto, seria preciso que houvesse a incorporação das controladoras pela controlada, no caso a CELPE (incorporação às avessas). Isso porque, segundo justificativa do próprio contribuinte, “a estrutura societária do grupo não tornava viável economicamente o aproveitamento do ágio pela CELPE”, pois, para tanto, seria necessária a incorporação da Guaraniãna S/A. Acrescenta que a empresa Guaraniãna S/A também possuía investimento em outras companhias de energia elétrica, motivo pelo qual a sua incorporação pela impugnante também não seria “viável” nem “razoável” do ponto de vista econômico;

- a Fiscalização registra que, como não havia intenção de extinguir as empresas controladoras, o Conselho de Administração aprovou, por unanimidade, a adoção da seguinte estratégia: i) transferência à empresa Guaraniãna das ações adquiridas, com ágio, da CELPE, mediante a integralização de aumento de capital na mesma; ii) transferência dessas mesmas ações para outra empresa - a Leicester, cujo patrimônio passa a ser formado apenas por essas ações; iii) incorporação da Leicester pela CELPE, possibilitando então o aproveitamento do ágio por esta empresa, reduzindo-se a carga fiscal (IRPJ e CSLL) em exercícios futuros;

- assim, em cumprimento ao que restou decidido, aprovou-se aumento de capital na Guaraniãna, mediante a emissão de ações ordinárias subscritas pelas empresas controladoras e integralizadas, à vista, com as ações de emissão da CELPE, que foram adquiridas com ágio;

- ato contínuo, a Guaraniãna adquire 99,99% do capital da Leicester e subscreve o capital desta mediante integralização das ações de emissão da CELPE, de sua propriedade;

- em 30/06/2001, portanto, as ações de emissão da CELPE de titularidade da Guaraniãna são transferidas para a Leicester, cujo patrimônio fica integrado apenas por essas ações. O valor do ágio transferido na integralização de aumento de capital foi amparado por laudo de avaliação de ações fornecido pela ACAL Consultoria e Auditoria S/C;

- no mês seguinte, em 31/07/2001, Assembléia Geral da Leicester aprovou os seguintes atos: i) protocolo de sua incorporação pela CELPE, firmado em 09/07/2001; ii) justificativa da operação e iii) aprovação da incorporação com base nas condições constantes do protocolo;

- por fim, a CELPE incorpora a Leicester, sua controladora. Realizada a incorporação da Leicester, as ações de sua emissão que eram detidas pela sua controladora e única acionista, a Guaraniana, são substituídas por igual quantidade de ações de emissão de sua incorporadora (a CELPE) a serem recebidas pela Guaraniana;

- relata a fiscalização que, “em decorrência, o capital da CELPE foi aumentado e posteriormente reduzido em valores idênticos de R\$ 1.019.601.299,47; com a emissão de 63.604.631.279 novas ações de titularidade da Guaraniana e cancelamento de 63.604.631.279 ações que integravam o patrimônio da sociedade incorporada (a Leicester)”;

- ademais, “essa operação de incorporação resultou, na CELPE, a constituição de um ativo diferido amortizável no valor de R\$ 1.494.454.217,98, equivalente ao valor do ágio pago na aquisição de suas ações, em contrapartida de um passivo (ou conta redutora do ativo) titulado como Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido (no valor de R\$ 999.311.198,14) e de um patrimônio líquido, na conta de reserva especial de ágio (correspondente a diferença entre o ágio e a provisão constituída, igual a R\$ 495.143.019,84)”;

- quanto à empresa Leicester, é preciso ressaltar ainda que durante toda a sua existência no mundo jurídico, sempre apresentou declarações ao Fisco como sendo inativa;

- neste sentido, o fato de a Leicester ter como patrimônio apenas as ações da CELPE, transferidas sem qualquer contrapartida; o fato de a Leicester ter-se mantido inativa durante toda sua existência; o fato de seu capital social ser de apenas R\$ 100,00; o fato da utilização de uma “empresa veículo”, bem como o fato de as operações societárias terem sido realizadas de maneira estruturada e em curto espaço de tempo, dentre outros indícios, demonstram não ter havido qualquer *affectio societatis* nas operações realizadas;

- em outras palavras, não houve qualquer justificativa fático-negocial determinante das operações societárias que culminaram com a incorporação da LEICESTER pela CELPE;

- dessa forma, não se verifica propósito outro que não fosse obstaculizar o recolhimento de tributos, mediante a amortização do ágio pago quando do leilão de privatização da CELPE, ágio este, ressalte-se, cujo pagamento, de forma alguma, se pode atribuir à Leicester;

- contudo, outro foi o entendimento do acórdão objurgado (processo nº 19647.01051/2007-83, Acórdão nº 1201-00.689);

- cumpre assentar que em casos análogos ao presente, as extintas Primeira e Terceira Câmaras do Primeiro Conselho de Contribuintes externaram conclusão jurídica diversa, em acórdãos cujas ementas seguem abaixo transcritas:

Acórdão nº 103-23.290

[...]

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a

incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

[...]

Acórdão nº 101-00.120

[...]

Ementa: IRPJ — AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO — INCORPORAÇÃO DE EMPRESA — Operações estruturadas, realizadas em curto espaço de tempo, com abuso de forma e de direito, visando à constituição de ágio para posterior aproveitamento como despesa dedutível quando da incorporação de empresa veículo, subsume-se a hipótese de simulação, não devendo, portanto, produzir o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo, qual seja, a sua dedução para efeitos fiscais.

[...]

- a lide cinge-se à (im)possibilidade de dedução do ágio pago no cálculo do lucro real. Nos casos confrontados, tratava-se de discutir a legalidade/legitimidade de operação societária mediante a qual, o ágio amortizado por determinada empresa nasceu mediante operação entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa “veículo”, sem importar em dispêndio de recursos, e resultando na projeção da sua própria rentabilidade. Ou seja, nas hipóteses vertentes, o valor amortizado por determinada empresa decorreu da rentabilidade dela própria, operação essa possibilitada por empresa “veículo”, que não apresentou qualquer atividade operacional e extinta após curto intervalo de tempo;

- enquanto o acórdão recorrido (processo nº 19647.01051/200783 - acórdão nº 1201-00.689) não vislumbrou qualquer irregularidade nessas operações societárias, os paradigmas como procedente a glosa da amortização do ágio pago pela incorporada, na aquisição do investimento efetuado na incorporadora, quando provado que a incorporada não se constitui numa sociedade empresária, na medida em que não exerce qualquer atividade operacional, e que tem o seu patrimônio formado quase que exclusivamente pelo investimento na incorporadora e pelo ágio. Entenderam configurada a utilização e interposição de pessoa jurídica, nas operações de alienação de investimentos, para fins exclusivos de permitir a fruição do benefício fiscal da dedutibilidade da amortização do ágio pago pela incorporadora;

- registre-se apenas a título de esclarecimento, que todos os argumentos do voto condutor (processo nº 19647.01051/2007-83 - acórdão nº 1201-00.689) apontados quanto à matéria relativa à (im)possibilidade, no caso, da dedução do ágio, cedem diante das conclusões e argumentos externados nos paradigmas;

- inquestionável, portanto, a caracterização da divergência jurisprudencial;

3) Falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio - redução do prejuízo fiscal

- o acórdão recorrido, quanto a essa matéria, subordinou inteiramente seu destino à sorte da (in)correção da dedutibilidade da despesa do ágio (item 2 acima), não indicando qualquer argumento autônomo para seu provimento;

- logo, cumpre da mesma forma, neste recurso especial, alinhar quanto a esse item a mesma divergência e razões já apontadas para demonstrar a incorreção da dedutibilidade do ágio no caso concreto;

- dessa forma, uma vez evidenciada a divergência jurisprudencial no que toca ao diploma legal a reger a aplicabilidade da multa no caso em testilha, passa-se a demonstrar doravante as razões pelas quais merece ser adotado o entendimento exarado nos paradigmas, reformando-se, assim, o v. acórdão ora recorrido;

DOS FUNDAMENTOS PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO

1) Da aplicação de decisão em processo conexo (parcialmente) não “transitada em julgado”

- para que a Administração exonere o contribuinte dos gravames decorrentes do processo administrativo fiscal, ou reconheça o direito creditório com fulcro no que restou decidido em outro processo, é necessário que a decisão nele proferida tenha transitado em julgado. Antes disso, a exigência subsiste. É o que dispõe o art. 45 do Decreto 70.235/72, *litteris*:

"Art. 45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio".

- enquanto a decisão não se tornar definitiva, não se deve proceder a qualquer exoneração ou mesmo o reconhecimento de créditos decorrentes da insubsistência da autuação em favor do contribuinte. A exigência persiste, até que a decisão que a tenha cancelado transite em julgado;

- o Decreto 70.235/72 define, em seu art. 42, quando as decisões administrativas se tornam definitivas;

- observe-se que a situação posta nos autos não se coaduna com nenhuma das hipóteses ali descritas, tendo em vista que a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial da decisão proferida no processo nº 19647.01051/2007-83 (acórdão nº 1201-00.689), recurso este que ainda se encontra pendente de julgamento;

- pois bem, somente após o julgamento da referida insurgência é que poderá a decisão referente se tornar imutável, apta a produzir seus efeitos de forma ampla, inclusive no que tange à sua aplicabilidade ao presente processo. Antes disso, o contribuinte possui apenas uma expectativa de direito;

interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais;

- 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;

- a Comissão de Valores Mobiliários - CVM emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. 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:

É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.

- mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio suportado 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;

- definidos esses pré-conceitos, parte-se à lide em si;

2.b) “Ágio de si mesmo”

- o litígio envolve basicamente três acontecimentos. O primeiro concerne na aquisição da CELPE com ágio pelo Novo Grupo de Controle, mediante processo licitatório. Nesse ponto, não há divergência de que o Novo Grupo de Controle da CELPE efetivamente pagou ágio pela aquisição do investimento;

- o segundo acontecimento foi a subscrição, pelo Novo Grupo de Controle da CELPE, de ações da Guaraniã, com a entrega do investimento na CELPE;

- já o terceiro acontecimento, diz respeito à subscrição das ações da Leicester (99,99% do capital), pela Guaraniana, mediante integralização das ações de emissão da CELPE e sua avaliação pela rentabilidade futura;

- a fiscalização e o próprio contribuinte citaram durante o processo alguns documentos que atestam que a efetiva finalidade da segunda e da terceira operação era possibilitar a transferência, para a empresa operacional, do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle na aquisição da CELPE, conforme ficou devidamente explicitado nos documentos e no Termo de Encerramento elaborado pela auditoria fiscal;

- ora, se a essência de todo o negócio jurídico em tela foi o de possibilitar a transferência do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle para a CELPE, a segunda operação (a subscrição, pelo Novo Grupo de Controle da CELPE, de ações da Guaraniana, com a entrega do investimento na CELPE) e a terceira operação (subscrição das ações da Leicester, pela Guaraniana, mediante integralização das ações de emissão da CELPE) deveriam, em verdade, ser desconsideradas, pois representam mera formalidade. Não têm verdadeira substância econômica;

- e isso resta patente não apenas por todos os documentos existentes nos autos que demonstram a verdadeira causa negocial, como na própria utilização de "empresa veículo" (a Leicester, com existência efêmera, sem nenhuma atividade econômica - declarações de rendimentos não revelam nenhuma outra atividade a não ser a participação na CELPE, sem funcionários, com capital inicial de R\$ 100,00 e que recebeu, em subscrição de capital, investimento com o impressionante valor de mais de dois bilhões de reais);

- todavia (e de forma contraditória), uma das alegações do contribuinte é o de que as referidas operações devem ser analisadas de forma independente. Ou seja, a segunda e a terceira operação não representariam uma seqüência da primeira, em que efetivamente houve dispêndio de recursos e efetivo pagamento de ágio, mas uma operação autônoma, que gerou um novo ágio;

- com efeito, considerar a segunda e a terceira operação como fatos distintos e autônomos em relação à primeira (aquisição da CELPE pelo Novo Grupo de Controle, com ágio), implica, portanto, em buscar o fundamento do ágio amortizado exclusivamente nessas últimas operações (subscrição de capital da Guaraniana pelo Novo Grupo de Controle e subscrição do capital da Leicester pela Guaraniana);

- na segunda operação, houve integralização do aumento de capital da Guaraniana com as ações de emissão da CELPE adquiridas com ágio pelo Novo Grupo de Controle, sem maiores justificativas;

- na terceira operação, o ágio amortizado decorreu da avaliação da CELPE para fins de subscrição de capital na Leicester, de acordo com os arts. 7º e 8º da Lei das S/A. O critério de avaliação utilizado foi o valor de rentabilidade futura da CELPE. Posteriormente, a Leicester foi incorporada pela própria CELPE, possibilitando a amortização;

- entretanto, nessa hipótese (analisando-se exclusivamente a terceira operação), o ágio amortizado pela CELPE nasceu mediante operação entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa veículo, não importou em dispêndio de recursos, e resultou da projeção da sua própria rentabilidade. Ou seja, o valor amortizado pela CELPE decorreu da rentabilidade da própria CELPE;

- ora, essa é exatamente a descrição do conhecido planejamento "ágio de si mesmo", que já foi devidamente proscrito pela jurisprudência do CARF;

- o Conselho vem decidindo que a despesa, quando tem por base a mais valia do patrimônio da própria sociedade que se beneficiará da amortização, aproveitada mediante operação com empresa veículo, na verdade está sendo "criada" sem uma base fática e, portanto, não pode ser amortizada, conforme o voto condutor do acórdão nº 1301-00.058;

- se a subscrição de capital pelo Novo Grupo de Controle na Guaraniã fosse mesmo um fato distinto e autônomo da aquisição das ações da CELPE, então o fundamento do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle na aquisição da CELPE não seria o mesmo da subscrição de capital na Guaraniã e, posteriormente, na Leicester. E, se isso fosse procedente, o ágio amortizado pela CELPE teria origem num negócio jurídico entre empresas do mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, em que não houve verdadeiro dispêndio de recursos, e seu fundamento seria a rentabilidade da própria CELPE. Tal descrição corresponde exatamente ao planejamento "ágio de si mesmo";

- como explicar que uma pessoa jurídica passe a deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados? Além de economicamente sem essência, a situação é rigorosamente ilógica;

- o argumento do contribuinte de que a subscrição de capital pelo Novo Grupo de Controle na Guaraniã, e desta na Leicester, seriam operações autônomas, independentes, da verdadeira aquisição da CELPE, com o pagamento de ágio, pelo Novo Grupo de Controle, não faz sentido. Tal argumento justifica, em verdade, a manutenção integral do lançamento;

2.c) O ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pela CELPE não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99.

- ainda que se entendesse que o que houve na realidade foi a transferência do ágio do Novo Grupo de Controle para a CELPE, constatar-se-ia que, nesse caso, não foram cumpridos os requisitos legais para a amortização da quantia;

- o Novo Grupo de Controle adquiriu as ações da CELPE com o pagamento de ágio. Entretanto, por razões particulares, não era possível às empresas integrantes do grupo incorporar ou serem incorporadas pela CELPE, para então possibilitar a amortização do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Dessa forma, foi executada a operação societária já descrita, que possibilitou que o ágio fosse transferido para a CELPE sem a incorporação das empresas integrantes do Novo Grupo de Controle, e lá amortizado;

- o contribuinte apresenta razões que o impediram de realizar a operação nos moldes descritos nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (aquisição de um investimento com ágio e posterior incorporação), mas seu entendimento é que essa inadequação poderia ser contornada (mediante a subscrição em uma holding e posterior incorporação) porque o ágio foi efetivamente pago. Essa argumentação acabou, por fim, sendo acatada pela decisão guerreada (processo nº 19647.01051/2007-83 - Acórdão nº 1201-00.689);

- ocorre que, renovadas as vênias, nesse raciocínio há duas impropriedades. A primeira é entender que as operações intermediárias, que possibilitaram a transferência do ágio

para a sociedade operacional, pudessem sanar a ausência dos requisitos formais para que o Novo Grupo de Controle e a CELPE pudessem amortizar o ágio mediante incorporação. A segunda impropriedade é confundir o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 com um "favor fiscal" concedido por lei, a ser fruído desde que o ágio fosse pago;

i) Primeira impropriedade. O Novo Grupo de Controle não apresentou os requisitos para a amortização do ágio.

- no presente caso, em primeiro lugar, se está claro que o Novo Grupo de Controle pagou ágio pela aquisição da CELPE ao Estado de Pernambuco, não está claro qual a sua motivação, se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura da CELPE. Isso porque não consta dos autos qualquer laudo de avaliação de tais ações;

- entretanto, o gozo do benefício aqui pretendido está condicionado ao cumprimento das normas de regência da matéria, que exige pelo menos a demonstração do fundamento econômico do ágio;

- ou seja, não se explicou qual o fundamento econômico para o pagamento de ágio pelo Novo Grupo de Controle;

- o contribuinte tentou contornar essa impropriedade mediante a apresentação do Laudo de Avaliação da CELPE (Doc. 25 do Auto de Infração) para subscrição de capital na Leicester, pela Guaraniana;

- o problema é que este é o laudo de avaliação da CELPE para fins de subscrição na Leicester. O laudo não se refere à operação de compra da CELPE pelo Novo Grupo de Controle, mas sim ao valor da CELPE para fins de subscrição na Leicester (terceira operação);

- o propósito do laudo não é explicar por qual motivo o Novo Grupo de Controle pagou ágio na aquisição da CELPE (se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura). Mas, se a finalidade for a de explicar os motivos pelos quais o Novo Grupo de Controle pagou ágio na aquisição da CELPE, essa avaliação foi totalmente extemporânea, porque posterior à operação de compra da CELPE;

- o CARF analisou caso absolutamente idêntico ao presente, e manteve a autuação. Trata-se do acórdão nº 105-17.219, de interesse do contribuinte Ficap S/A;

- no caso apreciado pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, a empresa alegou ter adquirido determinado investimento com ágio, mas à época do seu registro não demonstrou o fundamento econômico;

- posteriormente, em vista do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, o contribuinte resolveu subscrever capital em uma empresa veículo para posterior incorporação, desta vez apresentando como fundamento da avaliação a rentabilidade futura do investimento;

- note-se que, igualmente ao caso em análise, o contribuinte alegava ter pago ágio quando adquiriu o investimento. Entretanto, não fora demonstrado, pelo adquirente, o seu fundamento econômico. O contribuinte tentou sanar esse problema mediante a subscrição de ações. A Câmara julgou que, sem a demonstração do fundamento do ágio na época do seu

pagamento, a operação equivaleria a uma reavaliação da própria empresa (o "ágio de si mesmo"), e negou provimento ao recurso;

- a decisão acima em tudo se aplica ao caso presente. Da mesma forma, não se sabe por que razão o Novo Grupo de Controle pagou o ágio. Não existe uma avaliação prévia da CELPE que explique os motivos pelo pagamento da quantia, ou se existe, não há nos autos qualquer cópia do referido documento. O contribuinte tentou solucionar esse problema mediante o laudo apresentado na subscrição de ações da Leicester. Mas esse laudo não é contemporâneo às operações realizadas pelo Novo Grupo de Controle, não faz menção às compras de ações, mas sim à subscrição de ações da Leicester, pela Guaraniana;

- por esse motivo, ao ostentar que todo o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura (o que se apresenta absolutamente fictício), o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar todo o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos;

- dessa forma, não foi cumprido o requisito previsto no art. 20, §2º, alínea "b" do Decreto-Lei 1598/77, porque a pessoa jurídica que verdadeiramente adquiriu o investimento não indicou, por fundamento econômico do ágio, o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e fundada em laudo de avaliação contemporâneo à aquisição;

ii) Segunda impropriedade. Ausência de incorporação do investimento.

- o segundo requisito para o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é a incorporação do investidor pela investida, ou da investida pelo investidor. Como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida e do ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial", a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição;

- todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a mais valia contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento;

- qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio;

- em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, ficou claro que a recuperação do valor pago a título de ágio não deve ser tributado pelo IRPJ. Segundo o DL 1.598/77, o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ, mas comporia o custo do investimento na sua alienação (artigos 25 e 33);

- a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação;

- corroborando tal assertiva, a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997 consigna 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 um 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.

- 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 pelo recorrente junto com o seu grupo econômico, no qual a finalidade única da operação era gerar ganhos de natureza tributária ao contribuinte;

- a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi exatamente o de repudiar ações como a praticada pelo autuado, onde a única finalidade da operação foi a de gerar ganhos de natureza tributária ao contribuinte. A finalidade do referido dispositivo legal é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este investimento é extinto mediante a incorporação;

- se é essa a finalidade do dispositivo legal, faz algum sentido permitir a amortização, quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida? Nessa hipótese, cabe dizer que o ativo adquirido não poderá mais ser recuperado e assim justificar a amortização? Com todas as vênias, a resposta somente pode ser negativa;

- contudo, essa é a pretensão do contribuinte encampada pelo acórdão recorrido, ao se perceber que, ao final de toda a operação, tanto a sociedade que efetivamente pagou o ágio (empresas componentes do Novo Grupo de Controle) quanto o investimento adquirido (CELPE) não foram extintos;

- como já argumentado, o propósito negocial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pela CELPE se encontram na operação societária realizada entre o Novo Grupo de Controle e o Estado de Pernambuco;

- portanto, o ágio registrado pela CELPE com a incorporação da Leicester apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pelo Novo Grupo de Controle quando da aquisição das ações da

CELPE. Foi o Novo Grupo de Controle quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição;

- a segunda e a terceira operação, referentes, respectivamente, à subscrição de ações realizadas na Guaraniana e na Leicester, apenas significou a transferência escritural desse ágio, não a sua criação, o seu surgimento. O propósito negocial e o substrato econômico do ágio estão presentes tão-somente na operação inicial;

- ora, se foi o Novo Grupo de Controle quem efetivamente pagou o ágio para a aquisição do investimento CELPE, o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 decorreria da extinção da CELPE (ou do Novo Grupo de Controle) com a incorporação, de modo que restasse impossível recuperar o ágio pago mediante a venda do investimento;

- ocorre que a transferência do ágio do Novo Grupo de Controle à CELPE, pretendida pelo contribuinte, representa uma fraude à finalidade legal. Com a transferência, o ágio passa a ser amortizado na CELPE, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSSL. Por outro lado, o Novo Grupo de Controle permanece de posse do seu ativo, cujo valor corresponderá ao valor de patrimônio líquido da CELPE, o qual estará inflado pelo ágio. Assim, o Novo Grupo de Controle poderá alienar o seu investimento pelo mesmo valor pago na aquisição e recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital;

- vê-se claramente como o planejamento tributário, longe de representar medida de "neutralidade fiscal", implica mesmo em uma fraude aos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97;

- as investidoras iniciais, na verdade, tentaram transformar o ágio pago por elas quando da aquisição das ações da CELPE em uma verdadeira "moeda de dedução" que poderia ser transmitida a quem elas quisessem. É evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, conforme se depreende do trecho da exposição de motivos acima mencionada;

- a conclusão adotada pela Fiscalização é acertada e irretocável. Uma vez o ágio registrado pela CELPE não tendo sido efetivamente suportado nem pela CELPE nem pela Leicester que, diga-se de passagem, foi utilizada como empresa veículo, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99;

- dessa forma, tendo em vista o não cumprimento das condições para a fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, descabe admitir a amortização do ágio pretendido pela CELPE, razão pela qual merece reparo o acórdão guerreado;

2.d) Da aprovação das operações societárias pela ANEEL

- convém, neste ponto, refutar ainda a conclusão do acórdão recorrido (processo nº 19647.01051/2007-83 - acórdão nº 1201-00.689) no sentido de que as operações societárias realizadas teriam recebido o aval da ANEEL, o que reforçaria a tese em favor do contribuinte quanto à transparência e licitude das operações;

- a submissão das operações societárias à ANEEL decorre de expressa determinação legal e, de forma alguma, pode representar uma decisão em matéria tributária. Tal agência carece desta competência;

- a obrigatoriedade de submissão das operações societária à ANEEL diz mais com o direito administrativo do que com o direito tributário. Isso porque as sociedades que contratam com o poder público, mais precisamente as sociedades empresárias que figuram como partes em contratos administrativos (do qual são espécies os contratos de concessão e permissão de serviços públicos), estão submetidas à disciplina jurídica diferente, no que tange às alterações e operações societárias ocorridas no bojo da sociedade;

- a legislação administrativa prevê uma série de mecanismos para amparar e garantir a execução dos contratos administrativos, tendo em vista que o licitante escolhido para firmar o contrato administrativo submete-se, em regra, a rigoroso procedimento licitatório, no qual é escolhida a melhor proposta e o licitante mais idôneo e capacitado à sua consecução;

- qualquer anuência da ANEEL relativamente às operações societárias do autuado diz respeito à capacidade das empresas envolvidas permanecerem na prestação dos serviços públicos;

- qualquer ilação acerca da licitude das operações sob o ponto de vista tributário, pelo simples fato de anuência da referida agência reguladora, deve ser rechaçada;

2.e) Da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

- a fim de demonstrar a pertinência do entendimento exposto quanto à indedutibilidade do ágio criado de forma artificial e à fraude na simulação cometida, transcrevem-se acórdãos deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os quais analisaram situações fáticas em tudo parecida ao do presente caso (ementas e votos transcritos);

3) Falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio - redução do prejuízo fiscal

- nos autos do processo n^o 19647.01051/2007-83, o Acórdão n^o 1201-00.689, quanto a essa matéria, subordinou inteiramente seu destino à sorte da (in)correção da dedutibilidade da despesa do ágio, não indicando qualquer argumento autônomo para seu provimento;

- logo, cumpre da mesma forma alinhar quanto a esse item as mesmas razões já apontadas para demonstrar a incorreção da dedutibilidade do ágio. E, uma vez demonstrada essa incorreção, cabe como consequência inexorável, manter o entendimento da fiscalização no sentido de que a compensação efetuada pela CELPE no ano de 2006 foi considerada indevida por inexistência de saldo de prejuízos fiscais de exercícios anteriores.

Quando do exame de admissibilidade do recurso especial da PGFN, o Presidente da 3^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento do CARF, por meio do Despacho n^o 317/2013, de 26/11/2013, admitiu o recurso especial fazendo as seguintes considerações sobre as divergências suscitadas:

[...]

O presente recurso especial atende aos pressupostos de tempestividade e legitimidade.

Assim, passo a apreciação da admissibilidade das divergências.

Examino o primeiro ponto do recurso.

Para melhor compreensão da matéria, transcrevo abaixo a ementa do acórdão apresentado como paradigma, na parte que interessa ao presente exame:

[...]

Examinando o acórdão paradigma verifica-se que o mesmo anulou acórdão anterior que havia adotado como definitiva decisão não definitiva, proferida em processo conexo, por entender que a atividade judicante não pode ser condicional e que na impossibilidade de ser prolatada decisão considerando a interdependência de processos ou decorrência é cabível a suspensão do julgamento para aguardar a solução da questão conexa.

De outra parte, o acórdão recorrido divergiu dessa conclusão ao decidir questão decorrente de processo conexo (compensação de prejuízos), adotando a decisão não definitiva proferida naquele processo.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se divergentes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.

Assim, entendo que deva ser dado seguimento ao recurso quanto ao primeiro ponto.

Passo ao exame do segundo ponto.

A recorrente apresenta como paradigmas os acórdãos abaixo, que têm as seguintes ementas sobre a matéria recorrida:

[...]

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que eles trazem o entendimento de que a criação de empresas veículo com o único objetivo de aproveitamento de ágio na aquisição de participações societárias, mediante incorporação pela empresa investida, sem qualquer finalidade comercial ou societária, constitui abuso de forma ou de direito, não podendo produzir efeitos tributários perante o Fisco.

O acórdão recorrido, por outro lado, entende que é legítima a incorporação de sociedade para fins de amortização de ágio, nos moldes previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículos, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, podendo ser oponível ao Fisco.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se divergentes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.

Ante ao exposto, e tendo em vista que a uniformização da jurisprudência administrativa é o escopo do recurso especial, opino no sentido de que se DÊ SEGUIMENTO ao presente recurso.

Em 14/01/2014, a contribuinte foi intimada do despacho que admitiu o recurso especial da PGFN, e em 27/01/2014 ela apresentou tempestivamente as contrarrazões ao recurso, com os argumentos descritos a seguir:

DO NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE E CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO E SEUS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS

- a fim de que se configure a divergência jurisprudencial pretendida pela Recorrente, faz-se necessário que os acórdãos indicados como paradigmas tratem de situação fática idêntica à do acórdão recorrido. No entanto, conforme se detalhará abaixo, não é o que se infere da leitura dos relatórios/votos;

- a Recorrente utilizou o acórdão paradigma nº 103-23.290 para justificar a divergência jurisprudencial e embasar o seu Recurso Especial;

- diferentemente do presente caso, o acórdão paradigma não se refere à ágio decorrente de processo de privatização em que houve o efetivo pagamento com ágio ao Estado de Pernambuco;

- além disso, como tem se verificado em vários julgamentos já realizados no CARF, nos casos de privatização, como muitas vezes o investimento era realizado por um consórcio com a participação de bancos, entidades de previdência privada e outros, não havia outra estrutura possível se não a que foi realizada pela CELPE que culminou com a possibilidade de amortização do ágio nos estritos termos da Lei;

- conforme mencionado, a Recorrida não poderia incorporar automaticamente suas controladoras, pois não é razoável a incorporação de empresas como a PREVI - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e do BB - Banco de Investimento S/A por uma concessionária de energia elétrica;

- é notório que os adquirentes da Recorrida (especialmente PREVI, BB - Banco de Investimento) possuem outros ativos e exercem outras atividades em conformidade com seu objeto social, o que tornava inviável operacionalmente a incorporação pela CELPE;

- foi necessário criar legalmente uma estrutura societária que permitisse a segregação do investimento em uma sociedade que não tivesse outros ativos/atividades sociais que tornasse incompatível, economicamente, a incorporação da controladora pela controlada e, com isso, se transferisse o ágio para a controlada;

- a Recorrente também utilizou o acórdão paradigma nº 101-00.120 para justificar a divergência jurisprudencial e embasar o seu Recurso Especial;

- no referido julgamento, o CARF examinou a amortização de ágio decorrente da extinção de investimentos adquiridos com ágio, em razão de processo de incorporação. Trata-se de reorganização societária em que houve permuta de participação societária e de despesas financeiras relacionadas a contrato de empréstimo entre coligadas, portanto, situação fática totalmente distinta do caso ora em exame, que trata de ágio gerado na privatização de empresa domiciliada no Brasil e pago por consórcio formado por empresas domiciliadas no Brasil;

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL - IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DE PROVA NA INSTÂNCIA ESPECIAL

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 04/04/20

16 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJ

O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- dúvidas não pairam quanto à possibilidade de amortização de ágio decorrente da extinção de investimentos adquiridos com ágio, em razão de processo de incorporação, na medida em que tal previsão encontra-se expressa no inciso II do §6º do artigo 386 do RIR/99;

- logo, nas razões do Recurso Especial, a Recorrente discute tão-somente se a seqüência de operações societárias praticadas pela Recorrida possuem o propósito negocial e o fundamento econômico necessários para justificar o ágio e, conseqüentemente, autorizar a dedução de suas despesas;

- o que pretende a Recorrente é que esta C. Câmara averigüe se as operações de reestruturação societária praticadas pela Recorrida atendem às condições estabelecidas pela lei, ou seja, a divergência apontada pela Recorrente diz respeito à interpretação de fatos e não à interpretação da lei;

- para a análise dos argumentos suscitados pela Recorrente, a E. Câmara Superior de Recursos Fiscais precisará, necessariamente, revisitar as provas e fatos constantes dos autos;

- a análise do Recurso Especial demonstra que o que pretende a Recorrente é justamente a reanálise do conteúdo fático-probatório, não apenas para que lhe seja atribuído novo valor probante, mas também para que sejam apreciadas novas questões que sequer foram objeto da autuação fiscal e, conseqüentemente, do julgamento no Conselho Administrativo, como por exemplo, a existência ou não de laudo que embase o ágio das ações da CELPE quando da privatização;

- por estar baseado em pedido de alteração da valoração de provas, o Recurso Especial não cumpriu os requisitos de admissibilidade;

DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - DA CONEXÃO ENTRE OS CASOS E O JULGAMENTO CONJUNTO

- conforme amplamente debatido ao longo do presente caso, em 24/09/07, foi lavrado, em face da Recorrida, o auto de infração que originou o processo administrativo nº 19647.010151/2007-83, por meio do qual a Fiscalização glosou as despesas com a amortização do ágio, nos anos-base de 2001 a 2006, sob a alegação de que a dedução dessas despesas teria origem em "planejamento tributário inválido";

- tendo em vista que a Recorrida continuou a registrar as despesas de amortização de ágio nos períodos posteriores, em novembro de 2010, a D. Fiscalização lavrou o presente auto de infração, para exigência do IRPJ e CSLL relativos aos períodos de 2007 e 2008, pautada nos mesmos fundamentos utilizados no auto de infração que originou o processo administrativo nº 19647.010151/2007-83;

- a decisão da Turma pelo julgamento imediato do presente processo, conexo ao processo nº 19647.010151/2007-83, é pautada em premissa que não foi considerada pela Recorrente;

- é que o entendimento do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é no sentido de que não cabe sobreestamento de processo administrativo, em virtude do princípio da oficialidade;

- neste esteio, resta demonstrado que o acórdão recorrido, que aplicou o entendimento firmado no processo principal nº 19647.010151/2007-83 ao presente caso por serem conexos, não apenas cumpriu com as regras procedimentais, como prestigiou a orientação jurisprudencial firmada pelo E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no sentido da impossibilidade de sobrestamento de processos administrativos;

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA OPERAÇÃO QUE DEU ORIGEM AO ÁGIO OBJETO DE ANÁLISE NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19647.01051/2007-53

- não há qualquer indício ou comprovação de que os atos praticados foram realizados de modo a encobrir, enganar ou impedir o conhecimento, pelo Fisco e por quaisquer de seus credores ou terceiros, de qualquer operação ou até mesmo da intenção de realizar o aproveitamento do ágio na Recorrida;

- ao contrário, todos os atos praticados pela Recorrida foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 459/00, Resolução ANEEL nº 539/00, Resolução ANEEL nº 192/01);

Natureza do ágio e seu tratamento tributário - Da existência de laudo de avaliação das ações - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme")

- o benefício fiscal de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades tem como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratasse de estatais em processos de privatização. No presente caso, como já mencionado, trata-se da aquisição de companhia estatal em processo licitatório de privatização. O processo de privatização foi completamente regular e todos os atos praticados estão de acordo com as normas de concessão do serviço público;

- um dos argumentos apresentados no Recurso Especial pela D. Procuradoria para reforma do acórdão recorrido é a suposta ausência de motivação do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle, quando da aquisição das ações da CELPE por ocasião da privatização;

- no entanto, conforme claramente demonstrado nos autos e reiteradamente esclarecido, o fundamento econômico para o pagamento do ágio foi o valor de rentabilidade futura da Recorrida, o qual está devidamente comprovado pelos laudos de avaliação mencionados na impugnação - DOC. 06 anexo à impugnação. Todo o procedimento é de conhecimento público por se tratar de processo licitatório de privatização;

- além disso, é sabido que em todo processo de privatização é elaborado um estudo que irá embasar o preço mínimo proposto no Edital de privatização;

- por ocasião da sessão de julgamento do recurso voluntário, a ora Recorrida apresentou o Edital de licitação nº CD-Celpe/CN 01-98 (DOC. ANEXO) a fim de refutar a alegação colocada pela D. Procuradoria na tribuna no sentido de que não existiria laudo de avaliação das ações da CELPE;

- no referido Edital de licitação nº CD-Celpe/CN 01-98 (DOC. ANEXO), assim como aconteceu em todas as privatizações, consta a avaliação econômico-financeira e a

metodologia utilizada na determinação do valor econômico da empresa privatizada, nesse caso, da CELPE;

- portanto, totalmente descabida a alegação da Procuradoria no sentido de que não existiria uma avaliação prévia da CELPE que explique os motivos pelo pagamento da quantia;

- a operação encontra-se inserida no âmbito do Programa Nacional de Desestatização ("PND"), por meio do qual o Estado pretendia transferir para a iniciativa privada a prestação de diversos serviços públicos, que até então eram prestados pelo próprio Estado;

- o objetivo era aumentar a eficiência da prestação dos serviços e, com isso, obter uma redução das tarifas. As empresas privadas, por sua vez, adquiriam as empresas públicas com o pagamento de um ágio em função do potencial de lucratividade do segmento econômico em que começariam a atuar;

- a análise da operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição da Recorrida no processo de privatização foi adquirido pela empresa Leicester, a qual foi absorvida pela Recorrida, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99;

Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme")

- a Recorrente alega que as operações realizadas pela Recorrida no presente caso não teriam propósito comercial, ou seja, não teriam um substrato econômico para a sua realização, já que, no seu entender, teriam sido realizadas apenas com o intuito de economizar tributos;

- no presente caso, admitindo-se os pressupostos dessa doutrina mais restrita, ainda assim, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos, pelo que não se pode admitir o entendimento da Recorrente;

- todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição da CELPE em processo de privatização, para o conseqüente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei. Inclusive, ao longo desta defesa, demonstrou-se os motivos pelos quais foram adotadas outras estruturas ou outros caminhos quando da realização de todas as operações, tendo em vista as peculiaridades do caso;

- a finalidade da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de expandir as atividades do grupo de empresas controladas pela Guarani S/A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A;

- todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma concessionária de energia por um grupo detentor de grandes empresas concessionárias de energia elétrica (geradoras e transmissoras): (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de

todas as sociedades envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter uma sinergia no grupo NEOENERGIA S/A;

- apesar da correlação entre as etapas acima ter sido minuciosamente esclarecida pela Recorrida em todos os seus recursos, a D. Procuradoria falaciosamente atribui à Recorrida assertiva que JAMAIS foi feita, no sentido de que as etapas deveriam ser interpretadas individualmente;

- o que a Recorrida sempre defendeu é que todos os atos devem ser interpretados como uma seqüência necessária à perfectibilização do propósito negocial;

- portanto, todos os atos praticados, analisados como um "filme", demonstram claramente a congruência do motivo e da finalidade da operação realizada pelo grupo NEOENERGIA S/A, os quais não eram predominantemente tributários. Dessa forma, não há que se falar em falta de propósito negocial ou ausência de pressuposto econômico, como originalmente afirmou o Sr. Agente Fiscal, estando presentes todos os requisitos exigidos pela nova corrente doutrinária;

Da utilização de empresa veículo

- alega a D. Procuradoria em suas razões de recurso especial que todo o negócio jurídico teria sido para possibilitar a transferência do ágio, mediante inclusive a utilização de empresa veículo;

- nesse ponto a Recorrida se socorre das premissas postas no Acórdão nº 1402-00.802, de relatoria do Conselheiro Antônio José Praga de Souza (caso Santander), a fim de demonstrar que não há qualquer abusividade ou ilicitude na operação realizada com empresa veículo;

Da correta interpretação da expressão "participação societária adquirida com ágio", contida no artigo 386 do RIR/99

- a Recorrente defende em seu recurso especial que para o cumprimento dos requisitos para fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, é necessário que haja a incorporação do investidor pela investida, ou da investida pelo investidor;

- a Recorrente sustenta que a Leicester Comercial S/A, empresa que teve seu capital social subscrito e integralizado com as ações da Recorrida, não poderia ser caracterizada como sendo a adquirente das ações em comento, já que somente as empresas compradoras das ações em leilão teriam essa condição;

- essa conclusão, contudo, não poderá prosperar. Veja-se. O termo AQUISIÇÃO, que é o núcleo da expressão legal ora analisada, é aplicado para definir o ato ou fato pelo qual ocorre a transferência da propriedade de determinado bem, seja a título gratuito ou oneroso;

- é de suma importância registrar que a Leicester Comercial S/A, ao receber as ações - e por isso ser legalmente considerada a adquirente dos valores mobiliários -, contabilizou a operação nos exatos moldes do artigo 385 do RIR/99, vale dizer, desmembrando o valor do investimento em valor patrimonial contábil e ágio;

- nem poderia ser diferente, já que o dispositivo legal já mencionado determina que "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 (...) valor do patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e (...) ágio ou deságio na aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior";

- note-se, uma vez mais, que a legislação que rege a matéria disciplina que a aquisição das ações com ágio é suficiente para, no momento da incorporação, fusão ou cisão, autorizar o benefício legal da dedutibilidade da despesa correspondente à amortização. Não há qualquer qualificação legal, atribuída a essa aquisição, que justifique o entendimento da Recorrente, notadamente porque não cabe ao intérprete restringir algo que a lei não o fez;

- assim, é bem verdade que as empresas compradoras das ações da Recorrida em leilão figuraram, inicialmente, como adquirentes dos referidos valores mobiliários. Mas também é verdade que a Guaraniana e a Leicester, quando receberam, cada uma no seu momento, as ações como integralização de capital, igualmente figuraram como adquirentes das ações com ágio, notadamente porque ocorreu, na integralização, a inegável transferência do domínio ou propriedade de uma coisa, móvel ou imóvel a que fez alusão De Plácido e Silva ao definir o termo AQUISIÇÃO;

- analisando-se o raciocínio desenvolvido pela D. Procuradoria no Recurso Especial, percebe-se que, na verdade, ao interpretar o artigo 386 do RIR/99, foi cometido grande equívoco de entendimento ao confundir o significado do termo "adquirida" com o do termo "comprada";

- a lei tributária (artigo 386 do RIR/99) não restringe a aplicação do benefício da amortização do ágio apenas aos casos em que a incorporação envolva o comprador das ações, mas sim aos casos em que esteja envolvido o adquirente!!

- é fato que a legislação tributária, para fins do benefício da dedutibilidade do ágio, exige apenas que a empresa incorporadora (ou incorporada, no caso do §6º, II, art. 386) detenha a participação societária adquirida (e não comprada) com ágio;

- claro está, portanto, que as ações podem ser adquiridas por meio de integralização de capital social (como ocorreu no presente caso), e não apenas por meio de contrato de compra e venda!

- assim, com base nas considerações acima, é correto afirmar que (i) para o legítimo aproveitamento fiscal do ágio, a legislação tributária exige apenas que a empresa incorporada (ou incorporadora) detenha ações adquiridas com ágio; e (ii) que é jurídico e plenamente legal adquirir ações mediante recebimento como integralização de capital, de modo que não pode prevalecer a alegação da Procuradoria no sentido de que apenas poderia ser considerada válida a aplicação do benefício fiscal do ágio caso a operação de incorporação envolvesse as empresas compradoras das ações;

Da Inexistência de Excesso de Forma, do Abuso do Direito, Simulação e Fraude à Lei

- quanto à alegação de que foram as "Operações Estruturadas em Sequência e em Curto Intervalo de Tempo", deve-se destacar que a Recorrida sempre apresentou ao Fisco

todas as etapas que pretendia realizar, inclusive o objetivo final pretendido de aproveitamento do ágio. Conforme mencionado, essa situação final já era vislumbrada desde a realização do processo licitatório de privatização e decorre de benefício fiscal previsto em lei;

- quanto ao entendimento da D. Fiscalização, no sentido de que os atos praticados pela Recorrida caracterizam-se como operação preocupante já que deles decorre o "Deslocamento da Base Tributável", igualmente não assiste razão à D. Fiscalização, pois a alegada transferência da base tributável está expressamente prevista no artigo 386 do RIR/99, como já mencionado, configurando-se, pois, situação privilegiada por lei para incentivar determinadas práticas, dentre elas a valorização de empresas estatais em processo de privatização;

Isonomia com Tratamento Fiscal do Deságio

- finalmente, é importante ressaltar o entendimento da Receita Federal no que tange à tributação do deságio gerado em operações societárias dentro do mesmo grupo, como as ocorridas no presente caso;

- de fato, caso a aquisição da participação societária tivesse se dado por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, teria sido reconhecido um deságio, nos termos do art. 385 do RIR/99;

- este deságio (quando fundamentado na expectativa de rentabilidade futura - inciso II do § 2º do artigo 386 do RIR/99) deveria ser amortizado e tributado durante os 5 anos subseqüentes à incorporação;

- com efeito, verifica-se que o deságio deverá ser amortizado, com a conseqüente tributação dessas receitas. Ressalte-se, neste sentido, que a Receita Federal já manifestou entendimento de que este deságio deveria ser tributado mesmo que fosse gerado em uma operação interna, dentro do mesmo grupo, como ocorreu no presente caso. Este foi o objeto do Acórdão 108-07.684;

- com efeito, conforme se percebe na manifestação da Receita Federal em casos análogos ao presente (aquisição de participação societária dentro do mesmo grupo), é entendimento do Fisco de que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação;

- contudo, a Receita Federal pretende, no presente caso, não admitir a dedutibilidade do ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico, por entender que não haveria motivo econômico para uma aquisição que não fosse a valor de patrimônio líquido. Trata-se de evidente tratamento desigual para situações idênticas - aquisição de participação societária a valor de mercado ("dois pesos, duas medidas");

DO PEDIDO

- diante do exposto, requer-se, inicialmente, o não conhecimento do Recurso Especial, uma vez que, quanto à possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio, os acórdãos indicados como paradigmas se referem a contextos fáticos diferentes das operações societárias analisadas no presente caso, razão pela qual não se prestam para justificar a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente,

Processo nº 10480.723383/2010-76
Acórdão n.º **9101-002.187**

CSRF-T1
Fl. 1.739

- caso se entenda pelo conhecimento do Recurso Especial, requer-se o seu desprovemento pelas razões de mérito aqui expostas, mantendo-se incólume o acórdão recorrido.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

PRELIMINAR DE NULIDADE TRAZIDA EM SESSÃO:

Nesta sessão de julgamento de janeiro de 2016, em sede de Memoriais Complementares, a recorrida trouxe uma preliminar de nulidade, nos seguintes termos:

“Processos: 19647.010151/2007-83 e 10480.723383/2010-76

Recorrida: **COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO**

Recorrente: Procuradoria da Fazenda Nacional

A Contribuinte/Recorrida teve ciência, em 15/01/2016, do despacho de fls. 1.710/1712, que determinou a redistribuição do Processo 10480.723383/2010-76 ao Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, por entender existir conexão/decorrência com o Processo 19647.010151/2007-83.

Todavia, como se passa a demonstrar, ambos os Processos devem ficar com o Conselheiro Marco Aurélio Valadão, que primeiro recebeu o Processo 10480.723383/2010-76, que é conexo e não dependente ao PAF 19647.010151/2007-83.

Isto porque, em **15 de maio de 2014**, o Processo nº 10480.723383/2010-76 foi sorteado para a relatoria do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Posteriormente, em **17 de julho de 2014**, o Processo 19647.010151/2007-83 foi distribuído ao Conselheiro Rafael Vidal.

Em seguida, o Processo nº 10480.723383/2010-76 foi incluído em pauta de julgamento por **5** (cinco) vezes pelo Conselheiro Marco Aurélio Valadão, até que, em **23 de novembro de 2015**, antes do reinício das atividades do CARE, foi redistribuído ao Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, conforme despacho de fls. 1710/1712, em virtude da suposta relação de **decorrência** com o Processo 19647.010151/2007-83.

No entanto, embora a relação de **conexão** seja clara e tenha sido reconhecida pela própria PGFN em seu Recurso Especial, constata-se que os Processos não mantêm a relação de **decorrência**, cujo conceito é indicado no inciso II, do §1º do art. 6º do RICARF.

Isso porque, as autuações tratam dos mesmos fatos e no Processo nº 10480.723383/2010-76 foi realizada nova fiscalização, em que foi apurado que a Recorrida continuou a deduzir as despesas de amortização de ágio nos períodos subsequentes aos autuados no presente Processo.

Ou seja, cada Processo é autônomo, independente e referem-se a glosa de amortização de ágio em períodos distintos, logo, um não decorre do outro e sim são conexos.

Assim, a realização de nova fiscalização para apuração dos fatos nos períodos subsequentes descaracteriza a relação de decorrência, mantendo, todavia, a **conexão** entre os Processos.

Diante da **conexão**, a Recorrida entende que os Processos devem ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o Processo principal ou conexo, nos termos do §2º do art. 6º do RICARF.

Neste caso, o conselheiro que primeiro recebeu os autos foi o conselheiro Marcos Aurélio Valadão, que é, portanto, prevento para julgar tanto o Processo nº 10480.723383/2010-76 como o Processo 19647.010151/2007-83.

Portanto, ambos os Processos devem ser redistribuídos ao Conselheiro Marcos Aurélio Valadão, prevento para relatoria dos casos, evitando-se, assim, eventual nulidade de julgamento.

Essa preliminar de nulidade foi submetida a julgamento (conforme se pode observar da parte dispositiva deste acórdão) e na própria sessão apresentei os fundamentos no sentido de que entre os processos acima referidos há relação de decorrência.

O fato é que o lançamento constante do processo nº 19647.010151/2007-83 (julgado nesta mesma sessão), ao tratar da glosa de despesa de amortização de ágio nos anos-calendário de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, resultou em ajustes (redução) no estoque de prejuízos fiscais apurados naqueles períodos.

E tais ajustes afetaram a compensação de prejuízos fiscais realizada nos períodos seguintes (2007 e 2008), que foram objeto do lançamento constante do presente processo, de nº 10480.723383/2010-76.

Não há dúvida de que, em relação a isso, o resultado do presente processo (processo decorrente) depende do que restar decidido no processo nº 19647.010151/2007-83 (processo principal), uma vez que a compensação de prejuízos nos anos subsequentes (2007/2008) depende do estoque de prejuízos que remanescer nos anos anteriores (2001/2006).

O exame, no presente processo, da questão do sobrestamento e também das conseqüências decorrentes da redução dos prejuízos nos anos anteriores, não deixa nenhuma dúvida de que há uma relação de dependência entre os mencionados processos, de modo que foi correta a distribuição conjunta dos mesmos para o conselheiro que havia recebido o processo que deve ser considerado como principal.

CONHECIMENTO:

Conforme relatado, a recorrida levantou duas preliminares de não conhecimento do recurso.

Em relação à primeira preliminar, qual seja, a ausência de similitude em relação aos paradigmas que tratam de despesas de amortização de ágio e seus reflexos

tributários, não assiste razão à recorrida. A meu ver, pretende-se atribuir a questões de conhecimento o que na realidade são discussões de mérito.

Tanto o acórdão recorrido quanto os dois acórdãos paradigmas trazidos, acórdãos nºs 103-23.290 e 101-00.120, tratam da transferência de ágio no âmbito dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, ou dos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

Os paradigmas trazem o entendimento de que a criação de empresa veículo com o único objetivo de aproveitamento de ágio na aquisição de participações societárias, mediante incorporação pela empresa investida, sem qualquer finalidade comercial ou societária, constitui abuso de forma ou de direito, não podendo produzir efeitos tributários perante o Fisco.

O acórdão recorrido, por outro lado, entende que é legítima a incorporação de sociedade para fins de amortização de ágio, nos moldes previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio.

As conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados realmente revelaram-se divergentes, restando configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.

Em relação à segunda preliminar, qual seja: a impossibilidade do reexame de prova na instância especial, também indefiro esta preliminar. Quando do exame do mérito ficará bastante evidente que não se fará aqui reexame de prova, mas sim a interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e das hipóteses de subsunção a estas normas.

Assim, afastadas as preliminares de não-conhecimento e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, CONHEÇO do Recurso Especial.

MÉRITO:

Em seu recurso especial, a PGFN suscita divergência sobre três matérias, assim identificadas:

- 1) Da aplicação de decisão em processo conexo (parcialmente) não “transitada em julgado”;
- 2) Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários;
- 3) Falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio – redução do prejuízo fiscal.

É importante deixar claro que a decisão sobre o item 3 é mera decorrência do que restar decidido no processo nº 19647.010151/2007-83, uma vez que não há qualquer questão específica, autônoma, para esse último item do recuso especial da PGFN.

1) Da aplicação de decisão em processo conexo (parcialmente) não “transitada em julgado”

Quanto à primeira divergência, cabe registrar que já havia sido lavrado anteriormente o auto de infração constante do processo administrativo nº 19647.010151/2007-83, por meio do qual a Fiscalização glosou as despesas com a amortização do ágio nos anos-base de 2001 a 2006, sob a alegação de que a dedução dessas despesas teria origem em "planejamento tributário inválido".

Como a recorrente continuou a registrar as despesas de amortização de ágio nos períodos posteriores, a Fiscalização lavrou em novembro de 2010 o presente auto de infração, para exigência do IRPJ e CSLL relativos aos períodos de 2007 e 2008, pautada nos mesmos fundamentos utilizados no auto de infração que originou o processo administrativo nº 19647.010151/2007-83.

A autuação constante do presente processo foi cancelada, em parte, por decorrência direta do que restou decidido no processo nº 19647.010151/2007-83.

A PGFN alega que enquanto a decisão naquele processo anterior não se tornar definitiva, não se pode proceder a qualquer exoneração ou mesmo o reconhecimento de créditos decorrentes da insubsistência da autuação em favor do contribuinte.

Informa que interpôs recurso especial contra a decisão proferida no processo nº 19647.01051/2007-83 (acórdão nº 1201-00.689), e que esse recurso ainda se encontra pendente de julgamento.

Destaca também que a jurisprudência deste Conselho é pacífica no sentido de exigir que a decisão proferida em determinado processo tenha se tornado definitiva, para que possa ter repercussão em seus conexos.

A contribuinte, por seu turno, alega que o entendimento do CARF é no sentido de que não cabe sobrestamento de processo administrativo, em virtude do princípio da oficialidade.

Assim, restaria demonstrado que o acórdão recorrido, que aplicou o entendimento firmado no processo principal nº 19647.010151/2007-83 ao presente caso, não apenas cumpriu com as regras procedimentais, como prestigiou a orientação jurisprudencial firmada pelo E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no sentido da impossibilidade de sobrestamento de processos administrativos.

Registro que, realmente, não há previsão regimental para sobrestamento ou suspensão de processo administrativo fiscal, como ocorre por exemplo com o processo civil (CPC, art. 265, IV, "a").

Esse debate envolvendo questões de sobrestamento/suspensão de processo em razão de conexão processual tem especial relevância quanto ao aspecto de se evitar decisões contraditórias sobre os mesmos fatos.

Mas na dinâmica do PAF, que é regido pelo princípio da oficialidade, as incongruências de julgamento são evitadas na medida em que, num mesmo nível de instância, a decisão sobre a questão prejudicial é proferida e depois incorporada ao processo dependente.

Havendo reversão da decisão administrativa "principal" nas fases seguintes, dada a relação de dependência processual, a nova decisão produzirá os devidos reflexos nos processos que dela são dependentes, como vinha ocorrendo nas fases anteriores.

Também é importante registrar que os fundamentos da decisão no processo principal e que se refletem no processo dependente podem igualmente ser questionados nas etapas processuais seguintes, havendo ainda a possibilidade de revisão de ofício pela unidade que fará a execução do julgado, de modo a evitar contradições entre as decisões nos processos conexos, com relação de dependência.

Foi exatamente o que ocorreu aqui. No nível de julgamento de recurso voluntário, houve provimento do recurso da contribuinte no processo nº 19647.010151/2007-83, para fins de se restabelecer os prejuízos fiscais e as bases negativas de CSLL nos anos objeto de autuação naquele processo (2001 a 2006).

Tal decisão repercutiu diretamente na infração apontada pela Fiscalização para os anos de 2007 e 2008 (objeto dos presentes autos), a título de compensação indevida de prejuízos e de bases negativas da CSLL que vinham dos anos anteriores.

Se os prejuízos fiscais e as bases negativas apurados pela contribuinte foram confirmados e restabelecidos nos autos que abrangiam os anos de 2001/2006, não havia como manter a autuação pela glosa na compensação destas rubricas em anos posteriores (2007/2008).

Tal matéria se encontra agora na fase de julgamento de recurso especial, e a relação de dependência processual será novamente observada pelas decisões a serem proferidas nos respectivos processos, independentemente de serem favoráveis à contribuinte ou ao Fisco.

Portanto, NEGO provimento ao recurso especial da PGFN, quanto ao pleito de anulação do acórdão recorrido e sobrestamento do presente feito até o "trânsito em julgado" da decisão a ser proferida no processo nº 19647.01051/2007-83.

2) Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários

Para o julgamento de mérito sobre a despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários, da mesma forma como fiz para o processo nº 19647.01051/2007-83, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103-001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

" Para se tratar em ágio, há que se, inicialmente, falar do investimento em sociedades coligadas e controladas avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), conforme previsto no art. 384 do RIR/99. A principal característica do método é de se permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dentre os três critérios, assume relevância, **para o caso concreto**, aquele que consiste no fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida. Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

(...)

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

(...)

É por isso que a investidora, ao registrar o ágio em conta de ativo, não promove a sua amortização para fins fiscais. Não poderia ser diferente, vez que a “mais valia”, decorrente da expectativa de rentabilidade futura, foi paga em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, e que serão tributados **na própria investida**. Por sua vez, a repercussão de tais lucros na investidora dar-se-á pelo MEP, que não é objeto de tributação. Dessa maneira, como os lucros não são tributados na investidora, não há que se falar em amortização do ágio na investidora. Não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

Portanto, percebe-se que, na regra geral, para fins fiscais, o ágio não é dedutível na apuração do lucro real.

Contudo, tal cenário está sujeito a mudanças.

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos arts. 391 e 426 do RIR/99:

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

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

(...)

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

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

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

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

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação no art. 386 do RIR/99:

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

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

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

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

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

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

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

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

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

E a norma em debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela** a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim

sucessivamente), pessoas jurídicas **distintas** da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

A respeito do aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros** é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.

Ainda, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

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

Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o *caput* do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quanto aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação.

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

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

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

O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio

existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

...

Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa."

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.

Portanto, relativamente à despesa de amortização de ágio, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Da multa isolada por falta de estimativas

Tendo sido restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa isolada por falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para o julgamento dos pontos específicos suscitados em relação a esta matéria, que não foram apreciados por ocasião do julgamento do recurso voluntário da contribuinte.

Entender diferentemente, ou seja, a Câmara Superior julgar essa questão, implicaria em supressão de instância e em extrapolação dos limites do Recurso Especial de Divergência, pois estar-se-ia julgando matérias para as quais não houve oportunidade de configuração de divergência.

Até que se poderia defender eventual aplicação do princípio da celeridade processual, mas essa alternativa, a meu ver, colocaria a Câmara Superior em situação de julgar uma matéria para a qual não há paradigma (o que portanto pretende a CSRF uniformizar), e, portanto, nem a recorrente desenvolveu o tema a contento nem tampouco à recorrida foi dada a possibilidade de levantar eventual não conhecimento.

Ademais, ainda que exista súmula tratando dessa matéria, não é produtivo a Câmara Superior gastar seu tempo analisando situações de enquadramento em súmulas, quando não está em jogo a uniformidade da jurisprudência, ainda mais quando tal desiderato pode ser feito a contento pela Turma *a quo*.

3) Falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio – redução do prejuízo fiscal.

Como já mencionado anteriormente, a decisão sobre esse item "3" é mera decorrência do que restar decidido no processo nº 19647.010151/2007-83, pois não há qualquer questão específica, autônoma, para esse último item do recuso especial sob exame.

De acordo com a PGFN, uma vez demonstrada a incorreção da dedutibilidade do ágio, cabe como conseqüência inexorável, manter o entendimento da Fiscalização no sentido de que as compensações efetuadas pela CELPE devem ser consideradas indevidas por inexistência de saldo de prejuízos fiscais de exercícios anteriores.

A decisão proferida no processo nº 19647.01051/2007-83, também julgado nesta mesma sessão, foi no sentido de manter a glosa das despesas de amortização de ágio, confirmando os ajustes (redução) dos prejuízos fiscais acumulados nos períodos objeto daquele outro processo (2001/2006).

Assim, resta apenas manter o entendimento da Fiscalização no sentido de que as compensações efetuadas pela CELPE devem ser consideradas indevidas por inexistência de saldo de prejuízos fiscais de exercícios anteriores.

Desse modo, voto no sentido de:

- AFASTAR a preliminar de nulidade trazida em sessão relativa à ausência de decorrência entre os processos nº 19647.01051/2007-83 e nº 10480.723383/2010-76.

- NEGAR provimento ao recurso especial quanto ao pleito de anulação do acórdão recorrido e sobrestamento do presente feito até o "trânsito em julgado" da decisão a ser proferida no processo nº 19647.01051/2007-83 (item 1);

- CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários (item 2);

- DAR PROVIMENTO para fins de restabelecer a autuação fiscal pela glosa da despesa de amortização de ágio (item 2);

- DETERMINAR o RETORNO dos autos à Turma *a quo* para prolação de nova decisão apenas quanto à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais (reflexo do item 2), e

Processo nº 10480.723383/2010-76
Acórdão n.º **9101-002.187**

CSRF-T1
Fl. 1.752

- DAR PROVIMENTO ao recurso especial quanto à compensação de prejuízos fiscais e bases negativas de anos anteriores, em razão do que restou decidido no processo nº 19647.01051/2007-83, julgado nesta mesma sessão.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo

CÓPIA

Declaração de Voto.

Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na reunião de janeiro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN” ou “recorrente”), em que é recorrida a COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO (doravante “CELPE”, “recorrida”, “investida” ou “adquirida”), no processo n. 10480.723383/2010-76. Em tal recurso, a PFN requer a reforma do acórdão n. 1301-000.999 (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”), proferido pela r. 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “Turma *a quo*”), entre outras coisas, no que concerne à legitimidade da amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

O acórdão recorrido restou assim ementado:

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2007 e 2008
DECADÊNCIA - Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007 e 2008 INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO – ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA - No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. TRIBUTAÇÃO REFLEXA – CSLL - A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

A Turma *a quo* compreendeu que a amortização fiscal do ágio realizada pela CELPE teria sido legítima, de forma a afastar a glosa de tais despesas pretendida na autuação fiscal.

Trata-se, no caso, da exigência de créditos tributários, referentes ao IRPJ e à CSL do período de 2007 e 2008, em contituidade ao auto de infração discutidos no Processo no 19647.010151/2007-83, o qual se refere ao período de 2001 a 2006.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma *a quo* assentou, à fl. 1383 e seg. do e-processo, que:

- **Em 17/02/2000, houve aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, realizada entre partes independentes, com efeito fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição:** em um processo licitatório de desestatização, a CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A., doravante “**Novo Grupo de Controle**”), com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (CELPE).
- Adotando-se o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o custo de aquisição do investimento foi desdobrado no valor patrimonial da CELPE e no ágio suportado, justificado pela expectativa de futuros lucros trazidos por esta.
- Em 27/12/2000, foi realizada reestruturação societária pelas entidades componentes do “Novo Grupo de Controle” da CELPE, de forma que:
- foi realizado aumento de capital na empresa GUARANIANA S.A. (doravante “GUARANIANA”), com a integração do investimento detido na CELPE (94,94% do seu capital votante e 84,38% do capital total), pelo mesmo valor de sua aquisição;
 - a GUARANIANA realizou aumento de capital na empresa LEICESTER COMERCIAL S.A. (doravante “**LEICESTER**” ou “**investidora**”), pelo mesmo valor de sua aquisição, mediante a integralização do investimento que detinha na CELPE;
- Em 09/07/2001, a LEICESTER foi incorporada pela CELPE. Desde a referida absorção patrimonial, passou a ser realizada a amortização fiscal do aludido ágio apurado contra os lucros da CELPE, cuja expectativa de lucratividade deu causa ao ágio pago quando de sua aquisição, com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97;
- Não houve dolo, fraude, simulação ou “abuso de direito” ou “abuso de formas” nas operações praticadas pelo contribuinte. A multa aplicada pela fiscalização foi, inclusive, de 75%.

No julgamento do recurso especial interposto pela PFN, a CSRF, por maioria de votos, decidiu reformar o acórdão recorrido, de forma a manter a cobrança de IRPJ, CSL, multa de 75% e juros de mora lançados no AIIM. Com isso, foi mantido o ato da administração fiscal de glosa da amortização das despesas de ágio, não obstante tenha sido reconhecido o ágio apurado pelo “Novo Grupo de Controle” na aquisição da CELPE.

Nesta **declaração de voto**, permissa vênua, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional no que pertine à questão da **amortização fiscal das despesas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, por compreender que a cobrança tributária em questão ofende as normas que tutelam a matéria, em especial aquelas que decorrem do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Tais fundamentos serão organizados do seguinte modo:

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).
2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.
3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.
4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura
5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.
6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobrepreço* que se paga por algo, um valor superior àquele seria o parâmetro esperado.¹

Um exemplo simplificado é útil para situar essa ideia geral. Na década de 90, em plena transformação da indústria automobilística brasileira, era comum que as concessionárias levassem meses para receber os automóveis adquiridos por seus clientes. O cliente comum, ansioso para receber o automóvel em que empenhava as suas economias, era submetido a uma longa e angustiante espera mesmo após já ter concretizado a compra. As concessionárias, então, vislumbraram nisso uma oportunidade: adquiriam antecipadamente alguns automóveis novos, assumindo o risco (baixo, devido à elevada procura) de não os vender. Assim, aos clientes eram apresentadas duas possibilidades: (i) a aquisição do veículo pelo preço de tabela, com a espera de alguns meses até a entrega pela fábrica ou; (ii) a aquisição do veículo em estoque (entrega imediata), com o acréscimo um determinado valor sobre o preço da tabela, a título de “ágio”.

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do “ágio” referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *sobrepreço* com o objetivo de desfrutar da posse do veículo antecipadamente, ao que estaria destituído dessa fruição imediata caso optasse por desembolsar apenas o preço de tabela do bem. Já o vendedor, por sua vez, seria recompensado pelo risco assumido e pelo adiantamento à fábrica do custo do automóvel. O “ágio”, nesse simplório exemplo outrora corriqueiro no mercado automobilístico brasileiro do varejo, ilustra bem quão normal é o pagamento de *sobrepreços*, bem como que este pode ser justificado por motivos distintos sob as perspectivas dos dois polos do negócio jurídico (adquirente e alienante).

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à **aquisição de participação acionária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras)**. Nesse caso, como se verá no tópico “2” a seguir, o legislador reconheceu como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente recurso especial, está em análise um caso concreto no qual uma pessoa jurídica adquiriu participação societária relevante em outra pessoa jurídica (investimento), com o pagamento de um *sobrepreço* (*ágio*) justificado pela *expectativa de rentabilidade futura* da empresa adquirida.

1.2. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). Por sua vez, “*ágios*” e “*deságios*” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste².

Nos idos de 1976, a Lei 6.404 (“Lei das SAs”) regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão

avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:
(...)"

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detenham investimentos em controladas ou coligadas devem, ao realizar sua escrituração pelo MEP, desdobrar o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição:

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser deverá ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.³

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*⁴.

A referida escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP, ***sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria***. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

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.

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiram com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou

³ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461.

⁴ Pode-se supor, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica investidora adquira os investimentos em uma outra pessoa jurídica, adquirindo as suas ações diretamente das mãos de seus antigos detentores. Caso seja pago ágio nessa operação, tais valores sequer viriam a ser escriturados pela empresa investida.

perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 decorrente da implementação da *fórmula operacional básica* prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido entre **2007 e 2008**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis, diante alterações legislativas sobre a matéria.

No período que antecedeu a Lei 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁵ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

Sob a perspectiva do Direito tributário, as três grandes reformas atinentes ao ágio se deram em 1977, 1997 e 2014, como será brevemente explicitado abaixo.

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁶ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

Nos subtópicos a seguir, com a necessária ênfase ao que importa para a solução do caso concreto, o tratamento tributário do ágio nos marcos temporais de 1977, 1997 e 2014 serão analisados com paralelos à contabilidade, de forma a evidenciar a comunicação e os distanciamentos dessas searas.

2.1. A legislação do período pré-1997.

Conforme se expos acima, a apuração do ágio conforme os arts. 20 e 21 do Decreto-lei 1.598/77 jamais apresentou consequências tributárias imediatas. É realmente possível dizer que

⁵ Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 355.

⁶ Nesse sentido, vide: DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 328.

a amortização contábil das despesas de ágio *sempre permaneceu neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*

Até 1997, a única consequência tributária para o ágio por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

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

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

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

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

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

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

Dessa forma, desde a década de 70 até 1997, o ágio suportado pela investidora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura teria relevância para fins tributários apenas no momento de eventual e posterior realização do investimento, com a redução proporcional da base de cálculo do ganho de capital então apurado. **Em tal momento, tais despesas poderiam ser aproveitadas integralmente na apuração do ganho (ou perda) de capital, sem qualquer fracionamento.**

Essa possibilidade de aproveitamento fiscal integral do ágio pago conduziu a debates em torno de situações consideradas abusivas, à certa insegurança jurídica e, finalmente, à alteração de sua sistemática pela edição da Lei n. 9.532, de 10.12.1997

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014: aplicável ao caso dos autos, cujo período de apuração é 2007-2008.

Com edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma **fórmula operacional básica**, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado, com a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSL, no mínimo em 60 meses, nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração⁷;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-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.

Há quem aponte que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculariam *benefício fiscal*⁸. Para LUCIANO AMARO, tratar-se-ia de “*estímulo a investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária*”.

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam *mera norma de dedutibilidade para apuração do IRPJ e da CSL*, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁹.

⁸ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 714.

⁹ No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo: Dialética, 2014, p. 25 e seq.

De *benefício fiscal* não se trata. O legislador simplesmente impõe que o *sobrepreço* em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Trata-se de norma que regula a amortização fiscal de despesas com ágio por meio de uma *fórmula operacional básica*, bem como limita quantitativamente o exercício de tal direito à fração 1/60 ao mês.

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*¹⁰:

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já conhecidos ‘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”.

A exposição de motivos reafirma algo que está claro no texto legislado: o legislador não pretendeu restringir o legítimo aproveitamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas sim regular a sua fruição aos casos em que realmente ocorra aquisição de investimento relevante em pessoa jurídica com efetivo sobrepreço. A decisão do legislador foi segregar situações em que há correta apuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura de outras que, por corresponderem a operações fictícias, realmente não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de *segurança jurídica* para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

Em relação ao processo de desestatização – que é o caso dos autos –, o legislador achou por bem reafirmar a legitimidade de reestruturações societárias realizadas após a aquisição das empresas privatizadas, como se observa da Lei n. 9.491/97:

“Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.”

(grifos acrescentados)

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97 e da 9.491/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

2.3. Período pós 2014: alterações trazidas pela Lei n. 12.973 ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio.

Desde a edição da Lei n. 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, mas manteve-se em boa medida incólume.

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a *demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura* (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)¹¹ e a *validade do*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2004
Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, o art. 20 do Decreto-lei 1.598/76 passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

“*ágio interno*” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹².

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da ***transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos***, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis reestruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. **Trata-se de um silêncio eloquente.**

3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A norma em questão prescreve que, na ***hipótese*** de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da ***fórmula operacional básica*** estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), **então a consequência jurídico-tributária** deverá ser a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura

Este tópico se dedica à exposição analítica da norma de amortização do ágio, com o isolamento de elementos essenciais à sua aplicação. Também serão suscitados fatores que, embora não sejam determinantes, corroboram para o reconhecimento da legitimidade das operações envolvidas, bem como outros que são indiferentes e não devem interferir na fruição da amortização das despesas com ágio.

Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

¹² Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: “Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária **entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Desse modo, no subtópico “4.1” a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados no subtópico “4.2”.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

4.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

A hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura apresenta elementos cuja presença é essencial, como:

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);

- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

4.1.1. Aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSL: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

Assim, é requisito essencial da norma analisada que seja realizada, por pessoa jurídica, uma operação (real, obviamente) de aquisição de investimento em outra pessoa jurídica, na qual haja contraprestação pela investidora de um *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura por parte da investida.

4.1.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

A Lei nº 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

Pelo contrário, o legislador utilizou de termos amplos o suficiente para abarcar aquisições realizadas por quaisquer formas de contraprestação: o pressuposto de aplicação da norma é a aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista **contraprestação com ágio**, o que pressupõe a existência de *fluxo financeiro ou quaisquer outras formas de sacrifícios econômicos* envolvidos na operação.

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹³, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

4.1.3. Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A legislação brasileira dispõe sobre pessoas jurídicas obrigadas à adoção do MEP para refletir em suas demonstrações contábeis o valor do investimento mantido em sociedades

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre. São Paulo: Dialética, 2012, p.211-212.
RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

coligadas ou controladas pelo valor do patrimônio líquido destas. Por sua vez, também há pessoas jurídicas que, embora não possuam *a priori* tal obrigação, tornam-se igualmente obrigadas a adotar o MEP em situações específicas.

No caso, a norma que se obtém da análise do art. 7º c/c o art. 8º da Lei n. 9.532/97 torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

Há determinação peremptória para que o contribuinte realize tal segregação, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁴ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais (IRPJ e CSL) na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁵

4.1.4. A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

Analicamente, enquanto os dois fatores anteriores (“4.1.1”, “4.1.2” e “4.1.3”) e o fator seguinte (“4.1.5”) compõem a *hipótese de incidência* da norma de amortização do ágio, o presente elemento compõe o seu consequente normativo. No entanto, para que se compreenda a razão da adoção pelo legislador da *fórmula operacional básica* analisada a seguir (“4.1.5”), é essencial compreender como o pareamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição interfere na efetiva dedutibilidade do ágio (consequente normativo).

A regra de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura não traz ao contribuinte um benefício fiscal pela criação de “créditos presumidos” ou “fictícios”. O legislador simplesmente recorresse um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado

¹⁴ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

¹⁵ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

causa ao ágio quando de sua aquisição. Ao conceber a amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura como mera *norma de dedutibilidade em conformidade com o conceito de renda tributável*, o legislador, então, prescreveu o necessário emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição.

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração do IRPJ e da CSL¹⁶. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos **princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o **regime de competência**.
(grifos acrescidos)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁷ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:
(...)
§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:
a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e
b) os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também exprimiu ser decorrência necessária do *princípio da competência* a adoção do método (ou “*princípio*”) do *confronto das receitas e despesas*, como se observa do art. 9º da aludida norma contábil:

Art. 9º. As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.
§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido,

¹⁶ Há exceções ao princípio da competência, cabendo ao legislador ordinário optar entre este e o regime de caixa. Mas, aqui, aplica-se a regra geral do regime de competência.

¹⁷ Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1038 e seg. O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O **reconhecimento simultâneo das receitas e despesas**, quando correlatas, é conseqüência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

Com as alterações introduzidas pela Resolução CFC n. 1.282/10, o aludido dispositivo passou a constar com outra redação, sem alterar em nada o princípio do emparelhamento das receitas e despesas. Como nem poderia ser diferente, a norma contábil reafirma o método do emparelhamento de receitas e despesas como pressuposto para a concretização do *princípio da competência*:

Art. 9º. O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁸, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: *a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.*

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em um entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos contábeis da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam *trazidos para baixo* e confrontados com lucros gerados por esta.

Se o legislador tributário brasileiro estivesse imerso em tal tradição jurídica, certamente não teria qualquer desafio para implementar um permissivo legal à amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura: em razão da consolidação dos balanços e do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo: MP Editora, 2014, p. 150-1.

Q, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

“*push down accounting*”, haveria comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

No Brasil, no entanto, não há correspondente ao chamado “*push down accounting*”, com uma tradição societária e contábil firme no *princípio da da entidade*. O problema se mostrou evidente: como possibilitar que a empresa investidora amortize o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deduzindo-o dos aludidos lucros quando se concretizarem, se estes (ágio e lucro) se encontram em entidades distintas (controladora e controlada)?

Assim, com base nas normas societárias e contábeis brasileiras, coube ao legislador tributário estabelecer uma *fórmula operacional básica* apta a emparelhar o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição.

4.1.5. *Fórmula operacional básica: absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).*

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”¹⁹, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²⁰.

Nas chamadas *opções fiscais*, o sistema jurídico tributário oferece ao contribuinte mais de uma sistemática para que submeta os seus signos de riqueza à tributação: é garantida ao contribuinte a liberdade para optar pelo caminho que lhe parecer mais adequado, seja por praticidade ou por lhe proporcionar menor ônus tributário.

Explorando o exemplo da DIRPF²¹, com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma *fórmula procedimental básica* a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte

¹⁹ Em meio às muitas divergências que o tema suscita na doutrina nacional, alguns autores incluem no conceito de *planejamento tributário* a utilização de *opções fiscais* e de *normas tributárias indutoras*, já que o contribuinte, ao praticar os referidos atos, certamente teria realizado prévio estudo, *planejando-os*. Nesse sentido, vide: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 02. Outros, por sua vez, as excluem “do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivo coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolha” Nesse sentido, vide: GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 100. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso de livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 240.

²⁰ No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seq.

²¹ DIRPF - Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física.

confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

Por sua vez, com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal (IRPJ e CSL) do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a **fórmula procedimental básica** a ser seguida:

- *os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ e CSL).*

- *como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “push down accounting”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.*

É necessário deixar claro que **o legislador não buscou induzir a concentração de empresas** por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislação e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade. Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (i) do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com (ii) o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”²².

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO²³, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁴.

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações*, *fusões* ou mesmo *cisões*.

Assim, considerando que uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de *sobre preço* (ágio) justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma conduz a situações como:

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no

²³ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

²⁴ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 718.

limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁵, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimento fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão

²⁵ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0. RETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁶

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁷, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

4.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento dos elementos da hipótese de incidência e, assim, com o desencadeamento da consequência tributária (amortização fiscal do ágio).

Desde a edição da Lei n. 9.532/97, uma série de questionamentos passaram a ser suscitados diante de casos concretos.

Em uma era farta de reestruturações societárias (“M&A”) impulsionadas por ambiente econômico favorável ao investimento doméstico e estrangeiro, os contribuintes e seus consultores jurídicos precisaram analisar a aplicação das regras de amortização de ágio às peculiaridades dos mais variados negócios jurídicos. A administração tributária, por sua vez, passou a acompanhar e a identificar casos de possível “abuso” no aproveitamento do ágio fiscal.

A jurisprudência administrativa, por sua vez, empiricamente gravou situações como indicativas de “abuso”, o que viciaria de tal modo as operações que lhe destituíriam o direito à amortização de “ágio” referido nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciariam à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como *a priori* legítima.

Há um limite que deve ser observado em relação a tais critérios de análise colhidos da experiência e de julgados do CARF. Embora sejam importantes para a sistematização da forma como os casos são julgados em vista de elementos em comum, não podem descarrilhar para

²⁶ Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual – Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

Alguns desses fatores são objetivos, como é o caso da *aquisição realizada de partes não relacionadas* (“4.2.1”, abaixo), da *existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção* (“4.2.2”, abaixo), da *inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas* (“4.2.3”, abaixo). Outros fatores, por sua vez, possuem natureza subjetiva, cujo maior exemplo é a verificação de *propósitos negociais e extratributários* (“4.2.4”, abaixo).

Não se trata de lista exaustiva, pois tem como propósito a análise do caso concreto dos presentes autos, de forma que está sujeita a atualização e consideração de especificidades.

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

Até a edição da Lei 12.973/2014, não havia, na legislação, vedação expressa ou mesmo qualquer referência à figura do “ágio interno”. Tal rótulo surgiu da experiência e do manejo de situações concretas e passou a ser regulada expressamente pelo legislador a partir produção da aludida lei. Por se tratar de um rótulo, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como “*ágio interno*”.

Em termos muito gerais, o chamado “*ágio interno*” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o ágio foi constituído “*internamente*”, sem a participação de nenhum participante *externo*.

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam ágios internamente, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSL, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁸, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

²⁸ DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, in *Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF* (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo: MP, 2016, p. 331.

Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo. Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA²⁹, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*’”.

4.2.1.1. O “ágio interno” inválido perante o Direito tributário brasileiro.

Os casos rotulados de “*ágio interno inválido*”, “*ágio em si mesmo*”, são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo econômico, consideradas sem causa legítima ou mesmo simuladas. Sua característica distintiva não se esgota apenas na realização de operações entre partes dependentes, também na ausência de fluxo financeiro ou de sacrifícios econômicos na aquisição do investimento, sendo comum que não haja alteração de controle ou, ainda, efetiva diluição de um dos sócios.

A notória contribuição de MARCOS SHIGUEO TAKATA à evolução da jurisprudência do CARF ficou registrada em votos de sua lavra e em trabalhos por ele publicados. Em um destes, TAKATA³⁰ expõe:

“Daí dizermos: é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do *ágio interno*, com ausência de geração de riqueza nova – à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas internacionais de contabilidade. É *nesse contexto* que se coloca o chamado *ágio ‘de si mesmo’* ou *ágio ‘consigo mesmo’*.”

(...) O pagamento de preço com existência de minoritários, em regra. Conclusão que parece simples, mas que demandou caminhar o percurso de base em seus devidos termos, expurgando as ‘bordas’ ou arestas conceituais dessa base.”

Nesse seguir, uma série de casos julgados pelo CARF vem considerando como ilegítimas algumas operações, em vista da inexistência de transação financeira entre as partes relacionadas, ausência de preço realmente estabelecido acompanhado de seu pagamento ou,

²⁹ TAKATA, Marcos Shiguelo. *Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias*, in *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre). São Paulo: Dialética, 2012, p. 194.

³⁰ TAKATA, Marcos Shiguelo. *Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias*, in *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre). São Paulo: Dialética, 2012, p. 198-211.

ainda, troca efetiva de titularidade do investimento. O elemento da simulação também está presente em tais decisões. Vale observar os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. O fato dela não ter rebatido ponto a ponto as razões da defesa não implica vício. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO DOS VALORES. Despesas operacionais são aquelas necessárias a atividade operacional da empresa e, no caso de prestação de serviços, devem ser comprovadas mediante documentos que permitam identificar os prestadores, sem o que procede a glosa fiscal. CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 02/01/2009 JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe o lançamento que tenha sido formalizado em legislação que toma por empréstimo a sistemática de apuração daquele. (CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE

DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados.
(LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

4.2.1.2. O “ágio interno” válido perante o Direito tributário brasileiro.

Como se viu, “há ágios internos e ‘ágios internos’”³¹, sendo necessário reconhecer que alguns deles foram apurados legitimamente, de forma a não apresentar maiores distinções no que concerne a possibilidade de seu aproveitamento fiscal.³²

A análise dos precedentes do CARF demonstra que há casos de *ágio interno* reputado de *válido*, como se observa das ementas a seguir:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO. A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. 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 é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa,

³¹ TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, in Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

³² Vide, nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSE à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 359-0.

o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ART. 109 CTN.

ÁGIO. ÁGIO INTERNO. É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerado adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação). ELISÃO. Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental. SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

(GERDAU ACOMINAS S/A. Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercer, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O "abuso de direito" pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a**

utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Por fim, é curioso notar que ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS³³ suscitam que a máxima contábil, de que “só se ativa o ágio por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade”, demanda a questão do que seja “entidade”. Enquanto países como EUA adotam como tradição a elaboração de balanços consolidados, como se viu acima, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O argumento contábil, então, pode restringir substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. É a partir de tal constatação que LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA³⁴ suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de ágio interno artificial, desde que, evidentemente, resta caracterizada a simulação da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

De todo modo, é necessário concluir que nem todas as operações em que não existam terceiros envolvidos são necessariamente inaptas para a apuração de ágio por expectativa de rentabilidade futura. Quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, antes de se assumir o estigma que esse rótulo tem suscitado, é necessário investigar as peculiaridades do caso concreto, a fim de lhe atribuir o correto qualificante “válido” ou “inválido”.

4.2.2. Existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção.

A jurisprudência do CARF também tem considerado como fator relevante, ou mesmo um *safe harbour* em casos de amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, a

³³ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, in Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2013.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

Q, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

existência de sócios minoritários que demandem proteção e que justifiquem reestruturações societárias. Assim vocacionadas, situações que seriam consideradas suspeitas pela fiscalização, como muitas vezes é o caso da utilização de empresa-veículo, passariam a ser aceitas como legítimas quando encontrassem justificativa na proteção de minoritários. É o que se observa do seguinte precedente deste Tribunal:

“O ‘abuso de direito’ pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”.

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Nesse sentido, é conhecido o entendimento de MARCOS TAKATA³⁵, de que “é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno”. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁶, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Para fins jurídico-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não a subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por ex., o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos

³⁵ TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2012, p. 198-211.

³⁶ CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence (“*Suum Cuique Tribuere*”) também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

É, então, defeso à administração fiscal sancionar o contribuinte pelo exercício de sua liberdade de auto-organização, apenas possuindo interesse de agir na hipótese das reestruturações societárias implementadas de alguma forma majorarem a amortização das despesas de ágio que seria possível com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

4.2.4. A apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins de IRPJ e CSL. Surgiu a proposta para adoção de um requisito de grande influência para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”): a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³⁷, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de

aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

4.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio.

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Deve-se repetir a advertência de que os elementos a seguir não compõem uma lista exaustiva. Trata-se apenas de coleção de fatores corriqueiros no debate sobre o tema em análise e que estão presentes no caso concreto ora sob julgamento.

4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as “*entidades efêmeras*”.

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a amortização do ágio a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de ágio escriturados por esta.

Em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A fórmula operacional básica prescrita para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais: não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³⁸ apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e

³⁸ Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO. Assinado digitalmente em 23/03/2016

O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em longo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

Dessa forma, não possui qualquer relevância para a análise do presente caso argumentos que demonstrem o decurso de longo lapso temporal entre as operações realizadas pelo contribuinte ou, ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curso espaço de tempo (“efêmeras”).

4.3.2. Reorganizações societárias que não consumam o encontro dos acervos patrimoniais da investidora e da investida: operações periféricas que não conduzem à absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com o *acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “‘a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”³⁹.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas no interim entre a aquisição de investimento com ágio e a absorção desta pela empresa investidora (ou vice-versa), o que exige que se compreenda qual a relevância tributária de tais operações intermediárias, periféricas, adjacentes.

Exemplificando, se uma empresa (“A”) adquire investimento relevante de outra empresa (“B”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora for incorporada por uma terceira empresa (“C”). Essa operação será periférica **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. A referida empresa incorporadora (“C”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“B”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, **nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio**. Apenas se a aludida incorporadora (“C”) vier, por exemplo, a incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“B”), é que se daria se a absorção patrimonial exigida e seria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.⁴⁰

³⁹ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

⁴⁰ Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

Nesse mesmo exemplo, se a empresa investida (“B”) viesse a ser incorporada por uma outra (“D”) também controlada pela empresa investidora (“A”), essa operação periférica seria **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. É requisito essencial a reunião patrimonial da empresa que detém o investimento com ágio (“A”) com a empresa investida (“B”), pois a amortização do ágio deve se processar contra os lucros desta, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Apenas quando a empresa investidora (“A”) incorporar a empresa investida resultante da incorporação (“D”), que por sucessão universal passou a corresponder ao acervo patrimonial que justificou a expectativa de rentabilidade, seria legítima a amortização fiscal do ágio em questão.

Nesse cenário, nos casos rotulados de “transferência de ágio”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

A referida transferência do investimento com ágio pode se dar por diversas maneiras e por variados motivos. Assim, é comum que, por razões de mercado, regulatórias ou societárias, a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio.

Reestruturações societárias no nível da empresa investidora ou da empresa investida, que não ocasionem a reunião patrimonial destas, não gera qualquer efeito tributário, isto é, não enseja a amortização do ágio ou altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o aludido encontro. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressamente ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são permitidas e indiferentes. A *neutralidade* de tais reorganizações societárias em relação ao direito à amortização do ágio é evidenciada nos elementos textuais da aludida lei e pela análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Textualmente, se por um lado o legislador não inseriu na Lei n. 9.532/97 limitações ao direito de livre organização para a fruição do direito à amortização das despesas com ágio, por outro consignou que inclusive a absorção realizada mediante a prévia cisão da empresa incorporadora ou incorporada, seguida da posterior fusão ou incorporação que emparelha o investimento com o a investida anteriormente cindidos, dá ensejo à legítima amortização do ágio. **O texto legislado, então, não expressa vedação a operações intermediárias, focando**

apenas na operação que consome a derradeira absorção do patrimônio da investida com a investidora (ou vice-versa).

Caso o legislador houvesse expressamente vedado, por meio de dispositivos específicos da Lei n. 9.532/97, que fossem realizadas reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção por ele eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, aludida limitação às liberdades econômicas, especialmente à livre iniciativa e organização, poderia, em tese, estar sujeita ao competente controle de constitucionalidade. Aludida análise certamente estaria fora deste Tribunal administrativo⁴¹, de tal forma que a obediência a essa hipotética lei deveria ser cegamente seguida por seus julgadores, entre os quais me incluo.

No entanto, não há lei expressa nesse sentido. O que há é uma tese sobre uma possível “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda do direito do contribuinte à amortização do ágio em face de reorganizações societárias periféricas, como as exemplificadas acima. Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

Parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve ser enfrentar esse teste fatal.**

A tese em questão evidencia duas interpretações do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

1ª) As reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento são indiferentes e neutras para fins fiscais: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2ª) As reorganizações societárias em questão fazem com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

⁴¹ Não cabe no bojo deste processo administrativo analisar possíveis inconstitucionalidades, conforme o RICARF, art. 62: **Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.**

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais⁴² geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal⁴³. Como observa EROS ROBERTO GRAU⁴⁴, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁵, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da

⁴² EROS ROBERTO GRAU apresenta longo repertório de princípios econômicos prestigiados pela Constituição Federal: “Cumpra neles identificar, pois, os princípios que conformam a interpretação de que se cuida. Assim, enunciando-os, teremos: — a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e — valorização do trabalho humano e livre iniciativa — como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); — o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); — a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) — a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); — a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); — a garantia do direito de greve (art. 9º); — a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); — a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

Além desses, outros, definidos como princípios gerais não positivados — isto é, não expressamente enunciados em normas constitucionais explícitas — são descobertos na ordem econômica da Constituição de 1988. Af, particularmente, aqueles aos quais dão concreção as regras contidas nos arts. 7º e 201 e 202 do texto constitucional. (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 194)

⁴³ BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

⁴⁵ APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴⁶ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴⁷.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.⁴⁸ TULIO ROSEMBUJ⁴⁹ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela⁵⁰.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁵¹, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁵² já apontava que: “*El*

⁴⁶ Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

⁴⁷ Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

⁴⁸ Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.

⁴⁹ ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de lei, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons. 1999, p. 57.

⁵⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

⁵² FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

problema de la autonomia es ante de todo um problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía com la libertad natural o moral del hombre”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁵³, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias periféricas, que em nada ampliam ou reduzem o montante do ágio que de todo modo poderiam vir a ser aproveitado.**

Não obstante, por esforço dialético, pode-se questionar se há norma implícita no sistema que conduza excepcionalmente à restrição apriorística de tal liberdade. Ao final desse exercício, somente se uma mensagem suficientemente clara e pública puder ser construída da análise sistemática do ordenamento é que se poderia cogitar em aceitar a tese proposta pela PFN.

Contudo, por uma investigação sistemática, o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Seria proporcional ou razoável penalizar o contribuinte que realizou a transferência de um investimento, integralizando-o em outra empresa do grupo, com a perda completa do direito à amortização do ágio, ainda que uma série de fatores demonstrem a legitimidade de tal agir?

Se a transferência do investimento detido por uma pessoa jurídica desencadear a perda de legítimo direito à amortização de ágio, haverá norma de desincentivo à realização de novas operações societárias. Mas o que justificaria a exigência, pela administração fiscal, da estagnação das estruturas societárias, com a penalização de reestruturações e da adoção de outras formas lícitas de organização?

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁵⁴. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

A *inexistência de vantagens extras ao contribuinte e a ausência de prejuízos ao fisco* evidencia a ausência de razoabilidade e proporcionalidade dessa tese limitadora da transferência de investimento no qual haja registro, pelo MEP, de ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras? O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação da transferência de investimentos a outra empresa controlada que pudesse realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que dois grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e que ambos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas. Se a tese proposta pela PFN for levada a termo, caso apenas um desses grupos passasse por reestruturação societária que importasse em integralização dos aludidos investimentos em outras empresas do grupo (por *motivos* familiares e sucessórios, por exemplo), o referido grupo

empresarial seria privado da possibilidade de se valer da *economia de opção* assegurada pelo legislador. Por sua vez, o outro grupo empresarial ficaria livre para se valer dessa *opção fiscal*, por exemplo com uma cisão parcial seguida de uma incorporação reversa, dando ensejo à amortização das despesas com ágio à fração de 1/60 mensais. O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

Tal conclusão também é indicada por LUCIANO AMARO⁵⁵, para quem “a mera utilização de uma empresa-veículo não vicia o ágio, especialmente se este poderia ser amortizado por outro caminho, sem a utilização da empresa-veículo”.

Na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI⁵⁶: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁷, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a

⁵⁵ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 723.

⁵⁶ POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, *in* Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord.: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e). São Paulo : MP Editora, 2014, p. 157-8.

⁵⁷ BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.⁵⁸ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵⁹ sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto no tópico “4.1.5”), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a

solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma *fórmula operacional básica* para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extratributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador competente, o chamado “propósito negocial” nas operações para a implementação da *fórmula operacional básica* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é **indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.**

5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.

O núcleo do recurso especial ora em análise consiste em saber se, com a aquisição de investimento com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura com a observância de todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária, poderia o contribuinte transferir o aludido investimento em função de reestruturação societária sem que, com isso, perca o direito à amortização das referidas despesas com ágio caso realize posterior reunião das entidades investida e investidora.

Em linhas gerais, a tese sustentada pela PFN tem como consequência que a reestruturação societária implementada pela contribuinte seja sancionada com a impossibilidade de futura amortização do ágio. Já o contribuinte, em linhas gerais, sustenta que o ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição do investimento permanece perfeitamente sujeito a amortização fiscal não obstante a realização das aludida reorganização societária anterior ao evento de absorção previsto pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Antes de prosseguir, no entanto, é preciso aclarar que o presente caso não envolve o chamado “ágio interno”.

Há certo consenso quanto à fundamental distinção da chamada “transferência de ágio” (vide subtópico “4.3.2”) de casos de “ágio interno”⁶⁰ (vide subtópico “4.2.1”). E, no presente caso, realmente não se está diante de operação que possa ser rotulada de “ágio interno”, pois o ágio por expectativa de rentabilidade futura em questão foi apurado em operação originária de aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço).

Conforme restou assentado nos presentes autos, um grupo de entidades de direito privado (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.) adquiriu a CELPE de um **terceiro completamente independente** (Estado de Pernambuco), com o pagamento efetivo de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Não se pode, assim, imputar às operações realizadas pela CELPE o estigma suportado por casos de “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”: conforme restou devidamente assentado pelo acórdão *a quo*, o caso concreto analisado nos presentes autos **não envolve “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”**. Ainda que o presente caso viesse a ser confundido com aquilo que se rotula de “ágio interno” – **o que, repita-se, já restou definitivamente afastado neste processo administrativo** – ainda assim a validade para fins tributários das operações praticadas deveria ser verificada diante de cada um de seus elementos analisados no tópico “4” deste voto. Seria necessário investigar tratar-se de “ágio válido” ou “inválido”, não se admitindo conclusões apriorísticas pela consideração apressada de meros rótulos.

Nesse cenário, para verificar se o auto de infração lavrado merece prosperar, é necessário testar como as operações realizadas pelo contribuinte reagem à norma de amortização fiscal do ágio, em cada um de seus elementos analisados no tópico “4” desta declaração de voto.

5.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

No caso, houve **efetiva aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**: a CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado (“Novo Grupo de Controle”), com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Note-se que, no presente caso, não se questiona que o ágio por expectativa de rentabilidade futura da CELPE tenha sido devidamente apurado e demonstrado. Não há mais

dúvidas, neste processo administrativo, que as entidades adquirentes (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.), acaso absorvessem ou fossem absorvidas pela CELPE, teriam plenamente garantido o direito à amortização do ágio em questão, à fração de 1/60 ao mês.

Nesse seguir, o acórdão *a quo* assentou à fl. 1396 do e-processo:

“O vício está na formação do ágio e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação. Entretanto, é óbvio que o vício do ágio macula o seu próprio aproveitamento.

Mas se o ágio é legítimo como no caso em tela, o seu aproveitamento deve seguir a causa típica estipulada no ordenamento para a incorporação de empresas.”

É relevante repetir que, na aquisição em questão, houve efetivo **pagamento em dinheiro** ao Estado de Pernambuco, dividido em três parcelas. O requisito do efetivo **fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição** foi, portanto, plenamente cumprido.

Também foi cumprida a exigência do efetivo **desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura**.

Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, “b”, da Lei 9.532/97, com a **absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio**, qual seja, a LEICESTER, pela pessoa jurídica investida e cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o sobrepreço pago, qual seja, CELPE.

Note-se que a LEICESTER, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações do “Novo Grupo de Controle” (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.), por sucessão universal, passou a deter legitimamente o investimento na CELPE, cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio na operação originária de aquisição, realizada com um terceiro independente, qual seja, o Estado de Pernambuco.

O contribuinte, no caso, cumpriu adequadamente com a absorção patrimonial exigida na *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, o que torna fora de dúvida a legitimidade do aproveitamento do ágio apurado.

Também foi cumprido, no presente caso, a exigência de que **a amortização do ágio apurado pela investidora se processe contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição**.

Aliás, a reestruturação societária implementada, com a adoção da GUARANIANA e LEICESTER, teve como um de seus objetivos justamente possibilitar o emparelhamento dos lucros obtidos pela CELPE com as despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura verificadas no momento de sua aquisição e que se encontravam escriturados nos investidores. Ocorre que não seria possível às entidades participantes no processo licitatório de desestatização (fundos previdenciários, bancos de investimentos) absorverem diretamente a CELPE. Seria, do mesmo modo, impensável que a CELPE viesse a absorver as aludidas entidades.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos.

5.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

Verificando-se que foram cumpridos todos os elementos essenciais, previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, já seria possível afirmar a legitimidade da amortização fiscal. Não obstante, em homenagem à jurisprudência deste Tribunal e ao papel de uniformização da CSRF, cumpre enfrentar o presente caso com vistas aos *safe harbours* expostos no subtópico “4.2”.

Em primeiro lugar, é importante frisar que o ágio por expectativa de rentabilidade futura ora em contenda foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente**. A CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado, quais sejam, ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A., com pagamento do ágio acima descrito.

Também é importante observar que CELPE não possuía como acionistas apenas as entidades citadas nesta declaração de voto, mas também possuía **minoritários que demandavam medidas societárias de proteção**. O controle adquirido no processo de licitação pelo “Novo Grupo de Controle” da CELPE correspondeu a 94,94% do capital votante e 84,38% do capital total.

A análise conjunta das questões incontroversas nestes autos (efetivo pagamento de ágio à parte não relacionada fundado em expectativa de rentabilidade futura) e do núcleo do recurso especial em análise (a legitimidade ou não da *transferência de investimento com ágio*) denunciam que as operações realizadas pelo contribuinte e contestadas pela administração federal **não importam em qualquer centavo de “prejuízo” à Fazenda Pública, ou melhor, nenhum tributo deixou de ser recolhido.**

A ausência de prejuízo ao fisco com a *transferência do investimento e de respectivo ágio* é argumento contundente, com acolhida doutrinária e na jurisprudência do CARF. Assim, LUCIANO AMARO⁶¹ aduz que, “se a investidora original ‘A’ podia incorporar a investida e passar a amortizar o ágio, o mesmo se dá quando ‘A1’ incorpora a fatia do investimento que lhe tenha sido transferida por ‘A’”.

A inexistência de economia tributária distinta daquela que seria obtida sem a transferência do ágio, como se daria com a duplicação do ágio, representa exigência coerente e razoável adotada na jurisprudência do CARF. O ágio deve ser legítimo em sua origem, de modo que a sua transferência não gere dedutibilidades maiores que aquelas que seriam percebidas pela entidade que o transfere.⁶² **E é justamente esse o caso dos autos!**

Na fl. 1.397 do e-processo, o acórdão *a quo* assentou que a reestruturação societária realizada, com a transferência do investimento detido da CELPE para outras empresas do grupo (GUARANIANA e LEICESTER), não gerou qualquer vantagem tributária às empresas, sem a ampliação do montante do ágio efetivamente apurado na aquisição realizada em processo licitatório, *in verbis*:

“Assim, por tudo que foi dito acima, entendo, sem nenhuma dúvida, não ter ocorrido, quer simulação, quer abuso de direito e/ou planejamento tributário em desacordo com a lei, mas tão somente a prática de conduta abarcada e induzida pelo ordenamento jurídico, por intermédio das regras estipuladas nos artigos 7 e 8 da Lei no 9.532/97, sem qualquer prejuízo para Fazenda Pública que pudesse caracterizar economia ilícita de imposto, pois a escolha de outras soluções legais e diretas produziria idêntica consequência tributária com relação à amortização de ágio feita por intermédio da empresa veículo”.

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte todas as salvaguardas analisadas neste voto, o que corrobora para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

5.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Conforme se verificou, **a fórmula operacional básica prescrita pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais.** Não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias. Devem ser ignorados, então, questionamentos desse jaez para a solução do presente caso.

⁶¹ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

⁶² Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSE à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 371-2.

Documento assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

O, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 23/03/2016 por

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO

Além disso, conforme verificado acima, também é indiferente toda uma gama de possíveis **reorganizações societárias que não ocasionem a reunião patrimonial da entidade investida com a entidade investidora (absorção patrimonial)**.

Não merece reparos o acórdão *a quo*, quando conclui que a reestruturação societária implementada pelo “Novo Grupo de Controle”, com a adoção das empresas GUARANIANA e LEICESTER, em nada interferiu no direito à amortização do ágio legitimamente apurado com a aquisição da CELPE.

Conclusão oposta à que chegou o acórdão recorrido não encontraria guarida no sistema jurídico. **Afinal, diante de obstáculos negociais efetivamente reconhecidos para que o “Novo Grupo de Controle” (ADL, PREVI, BB e 521) absorvessem a CELPE ou fosse absorvido por esta, a consequência deveria ser a perda da possibilidade de aproveitamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura efetivamente suportado no processo licitatório de desestatização?**

No presente caso, diante da impossibilidade do “Novo Grupo de Controle” implementar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, deve ser questionado por qual razão fundos de previdência, bancos de investimento ou outras entidades deveriam sofrer restrições ao direito de auto-organização, não lhes sendo permitida a transferência de seu investimento a empresas controladas que possam implementar a referida *fórmula operacional básica*. Ou, com olhos ao princípio da igualdade e da livre concorrência, porque tais entidades deveriam ser submetidas a condições desiguais em comparação com outras que não possuam os mesmos “obstáculos negociais” reconhecidos pelo acórdão *a quo*, com o cerceamento de seu direito à amortização fiscal do ágio?

Tal questão foi observada pelo acórdão *a quo*, que identificou na necessidade de viabilizar a fruição da amortização fiscal do ágio **propósito comercial suficiente para as operações em tela** (fl. 1391 do e-processo):

“A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais diversos setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações regulatórias específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo **(sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.**

(...)

A absorção do patrimônio de uma empresa por outra é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam as empresas incorporadoras e incorporadas, constituindo, esta, por conseguinte, a sua causa típica.

E foi exatamente esta causa típica, a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra, estipulada pelo artigo 7º, III, da Lei no 9.532/97, como condição para o contribuinte usufruir da regra do benefício fiscal oneroso.

Neste caso, a lei concede o benefício fiscal, e condiciona o seu aproveitamento, isto é, a vantagem fiscal estipulada em lei, à pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra. Trata-se de indução da norma fiscal à realização de absorção de patrimônio de empresa por intermédio de incorporação, cisão ou fusão, o que não passou despercebido do Poder Legiferante, que corroborou isso ao vetar o projeto de lei que pretendia revogar a norma isencional em tela”.

Se havia normas, inclusive regulatórias, que impediam que a CELPE absorvesse ou fosse absorvida pelo “Novo Grupo de Controle”, não é demais advertir que não se pode exigir que os atos praticados transgredissem normas regulatórias. **Trata-se de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa.**

Assim, ainda que se trate de elemento prescindível para legitimar a amortização do ágio, é preciso reconhecer que a reestruturação societária implementada, com a adoção das empresas GUARANIANA e LEICESTER, apresenta justificativas desse jaez reconhecidas pelo acórdão recorrido, o que deveria influenciar a decisão de julgadores que consideram tal fator relevante.

6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

No recurso especial interposto pela PFN, ora em análise, foi requerido, entre outras coisas, que esta CSRF decidisse quanto à validade de operações de reestruturação societária realizadas pelo contribuinte, rotuladas como *transferência de investimento registrado, pelo MEP, com ágio por expectativa de rentabilidade futura*. A PFN interpôs o referido recurso em face de acórdão unânime da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade do ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado na aquisição da CELPE, bem como o seu posterior aproveitamento fiscal.

Na busca da melhor solução à presente demanda, foram analisados *elementos prescritos pelo legislador como requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio: os aludidos requisitos foram atendidos pela contribuinte, o que já seria suficiente para manter incólume o acórdão recorrido, que considerou legítimos os atos praticados pelo contribuinte.*

Também foi analisada uma série de elementos que vêm sendo adotados pela jurisprudência do CARF como uma espécie de *safe harbours* em casos semelhantes ao ora em

análise: **o contribuinte apresenta características para se valer dos *safe harbours* em questão.**

Embora pessoalmente não considere os referidos elementos determinantes, é eloquente saber que o caso em julgamento preenche uma série de requisitos adotados por respeitados Conselheiros em diversos julgamentos do CARF, os quais militam a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, foram investigados elementos que, embora adotados como fundamento em alguns julgados do CARF, são na verdade indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio: **ainda assim, o contribuinte apresenta características para se valer desses fundamentos que se prestariam a demonstrar a legitimidade de seus atos.**

Novamente, embora pessoalmente considere os referidos elementos não interfiram em nada para a aferição da legitimidade da amortização fiscal das despesas de ágio, é curioso saber que o caso em julgamento preenche também esses elementos, o que mais uma vez milita a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por todo o exposto, *permissa venia* à maioria que compreendeu de forma diversa, deve ser negado provimento ao recurso especial da PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto, a fim de que se mantenha a acertada decisão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade e dedutibilidade das despesas de amortização de ágio pelo contribuinte. É como voto.

Conselheiro Luís Flávio Neto.
(assinado digitalmente)