



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10923.720054/2017-93
ACÓRDÃO	1201-007.180 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	24 de junho de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	VOLKSWAGEN DO BRASIL INDUSTRIA DE VEICULOS AUTOMOTORES LTDA FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2011, 31/12/2012, 31/12/2013

NULIDADE. LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente, contra o qual o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, e em que constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

NULIDADE. DECISÃO RECORRIDA. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a decisão prolatada por autoridade competente que, sem inovar quanto ao núcleo dos fundamentos da acusação e chegando as mesmas conclusões desta, manteve a exigência fiscal. Nesse contexto, não há qualquer mácula processual no ato jurisdicional, mormente se contra ele o sujeito passivo pode exercer o contraditório e a ampla defesa, em plena consonância às normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

DECADÊNCIA. DEDUÇÃO DE ÁGIO AMORTIZADO.

A formação do ágio não tem como consequência o surgimento de uma obrigação tributária. Já a dedução da despesa que sua amortização representa acarreta, nas hipóteses legalmente autorizadas, a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ou seja, produz evidentes efeitos fiscais. Assim, somente com a realização de dedução indevida a tal título é que ocorre infração à legislação tributária, sendo cabível a partir de então a lavratura de auto de infração. Por isso, o termo inicial de contagem do prazo decadencial, independentemente da regra que se utilize para tanto, é o momento em que a legislação atribui efeitos tributários à dedução indevida, e não o momento da formação do ágio.

GASTOS COM PESQUISA TECNOLÓGICA. RECÁLCULO DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL IMPORTA EM NOVO LIMITE.

Os valores a título de dispêndios com inovação tecnológica, corretamente declarados pelo contribuinte em DIPJ e cuja dedução é limitada ao valor do lucro real e da base de cálculo da CSLL antes da própria exclusão, devem ser recalculados para permitir dedução maior a partir do novo valor do lucro real e da base de cálculo da CSLL obtido com a autuação.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

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

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. ÁGIO. DEDUÇÃO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO.

Não é pressuposto legal para a dedutibilidade do ágio pela pessoa jurídica que sua contraparte, pessoa física ou jurídica, tenha, relativamente à prévia compra e venda da correspondente participação societária, apurado ganho de capital e/ou efetuado a respectiva tributação. Mesmo porque pode haver ganho de capital sem ágio e vice-versa, afinal enquanto este toma como referência o patrimônio líquido, aquele tem como base o custo de aquisição.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

Não sendo possível colher dos autos elementos inequívocos da necessária conduta dolosa para a qualificação da penalidade imposta de ofício, deve-se reduzir a multa para o seu patamar base de 75%.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do colegiado: (i) preliminarmente, por maioria de votos, afastar a nulidade suscitada pela defesa, vencidos os Conselheiros Renato Rodrigues Gomes e Aílton Neves da Silva; e (ii) no mérito, por unanimidade de votos, (ii.a) dar provimento ao recurso voluntário e (ii.b) negar provimento ao recurso de ofício. Os Conselheiros Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah acompanharam o Relator pelas conclusões. O Conselheiro Lucas Issa Halah manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Assinado Digitalmente

José Eduardo Genero Serra – Relator e Presidente em Exercício

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Aílton Neves da Silva (substituto integral), Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, José Eduardo Genero Serra (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo decorrente de lançamento de ofício de imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) e contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), referentes aos anos-calendário 2011 a 2013.

O enquadramento legal é o que consta dos autos de infração (fls. 1.050 e ss).

Por bem refletir os fatos ocorridos até a data de sua prolação, faço integrar ao presente as principais partes do relatório da decisão recorrida, de onde é possível colher o seguinte:

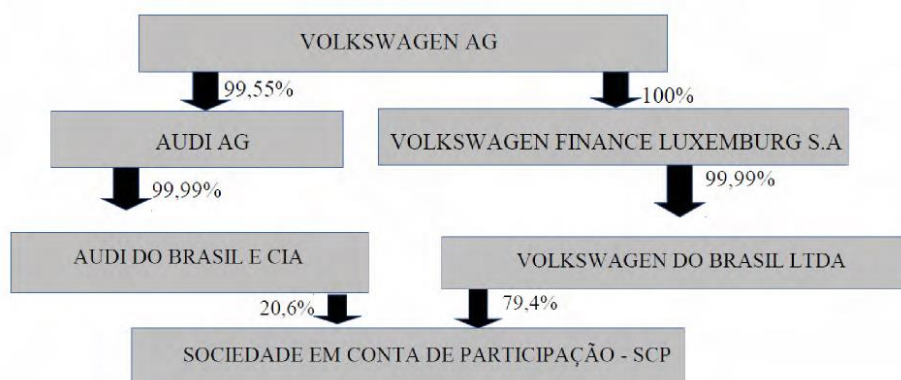
(...)

O contribuinte teria realizado operações societárias (criação de sociedade, joint venture contratual através da criação de Sociedade em Conta de Participação - SCP, incorporação da sócia oculta da SCP com geração de ágio, bem como posterior criação de nova SCP), **com dedução de valores a título de amortização de ágio indevida, pois as operações se deram dentro do mesmo grupo de sociedades, caracterizando simulação.**

Para a Autoridade Fiscal, **as operações resultaram em um ágio por expectativa de rentabilidade futura da ordem de R\$ 132.057.795,49, amortizado na razão de 1/60 avos, de janeiro de 2009 a dezembro de 2013.**

Faz a Autoridade Fiscal uma breve explanação sobre a **constituição de uma Sociedade em Conta de Participação - SCP entre a fiscalizada Volkswagen do Brasil Ltda. (sócia ostensiva) e a empresa Audi do Brasil e Cia (sócia oculta), ambas pertencentes ao grupo Volkswagen AG, com sede na Alemanha, com a**

finalidade de implementação de uma unidade industrial na cidade de São José dos Pinhais. Esse é o organograma anexado pela Autoridade Fiscal:



Afirma que, mesmo com o posterior distrato da sociedade, devido à interrupção da produção de veículos Audi no Brasil, o controle da operação e os recursos investidos nunca deixaram de pertencer à Volkswagen AG. **Para a Autoridade Fiscal, não houve circulação de riqueza para fora do Grupo Volkswagen.**

Ao discorrer sobre os pressupostos a serem atendidos para a legítima amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, **alega que houve o efetivo pagamento (transferência de recursos), mas a operação ocorreu entre partes ligadas, já que a Audi do Brasil “jamais atuou como entidade autônoma”, sendo gerida como subsidiária da Volkswagen do Brasil Ltda.**

Alega que o contrato social de fundação da Audi indica que a representação da Audi AG na Audi do Brasil era feita pelo Sr. Ricardo Luiz dos Santos Carvalho, que trabalhava na VWB nesta época. E o mesmo Sr. Ricardo assinou o contrato de constituição da Sociedade em Conta de Participação entre a Audi do Brasil e a Volkswagen.

Afirma a Autoridade Fiscal que, na segunda alteração do contrato social da Audi do Brasil, assina em nome da Audi AG, em conjunto com o Sr. Ricardo, o Sr. Eduardo de Azevedo Barros, que “também figurava, ao tempo do ocorrido, no capital social e quadro de empregados da VWB”. Para o Auditor, seria nítido que a Audi do Brasil era, na prática, uma subsidiária da Volkswagen no período em que existiu, demonstrando dependência entre as partes negociantes.

Ademais, **os dois laudos apresentados para respaldar a incorporação e escriturar o ágio amortizado não mereceriam crédito. O primeiro laudo teria sido feito por empregados da fiscalizada e da Audi, quando da incorporação. O segundo laudo, elaborado pela consultoria Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda, contem informações que contradizem fundamento de propósito comercial da incorporação, pois a fiscalizada já detinha total controle sobre a Audi, explicitando os motivos da incorporação (“Entendemos que a administração da VWB pretende promover uma reestruturação societária incorporando a Audi B de modo a utilizar o montante do ágio contabilizado na transação”), com base em**

dados e fatos fornecidos pela própria fiscalizada, fato que confirma ausência de autonomia entre as empresas.

Ressalta a Autoridade Fiscal que **a Audi não foi colocada à venda, tendo ocorrida mera decisão interna de incorporação pela fiscalizada**. Como fato convergente para a ausência de administração própria, a Audi teria um contingente muito baixo de funcionários ao longo de sua existência, que seria “incompatível com a complexidade de administrar uma montadora de veículos”.

A Autoridade Fiscal cita ainda que o grupo Volkswagen já foi autuado no Brasil em decorrência de amortizações de ágio intragrupo. Alega que a análise do organograma revela que a Volkswagen AG possuía 99,9% da BUC Curitiba antes da incorporação, e passou a 99,99% após concluída a incorporação, não lhe parecendo razoável “que uma operação que resultou em um aumento de participação de 0,09% permita uma dedução fiscal da ordem de R\$ 132.057.795,49”.

Acrescenta que, em processo administrativo anterior, o saldo negativo foi glosado sob a argumentação de que a SCP citada já havia sido desfeita no ano de 2008. Em Manifestação de Inconformidade impetrada contra o Despacho Decisório que denegou o crédito, a explanação leva a Autoridade Fiscal à seguinte conclusão:

“Ora, logo após o desfazimento da SCP responsável pela BUC Curitiba, a Volkswagen AG constituiu nova sociedade em nome da AUDI AG, e a mesma firmou nova Sociedade em Conta de Participação (SCP) - denominada New Business Audi - com a VWB, com a finalidade de importar e distribuir veículos importados Audi no Brasil, algo que já constava do contrato social da AUDI DO BRASIL E CIA. Sendo assim, uma vez que a VWB tinha interesse em manter uma SCP com a Audi AG para importação e distribuição de veículos Audi no Brasil, porque não foi realizada a mera venda da participação detida pela AUDI DO BRASIL E CIA na BUC Curitiba para a VWB? Isso demonstra que a VWB realizou operação estranha para transferir a participação da Audi AG na BUC Curitiba para a VWB, posteriormente frustrando os efeitos de tal transferência com a criação de nova SCP.”

Por fim, a **Autoridade Fiscal afirma que o contribuinte praticou uma série de atos com intuito de encobrir a amortização do ágio gerado, demonstrando a consciência por parte do mesmo do caráter duvidoso da operação**.

Assim, com fundamento no art. 385 do RIR/99, combinado com os arts. 7º - III e 8º - b da Lei nº 9.532/97, **tendo em vista ausência de partes não relacionadas na operação de incorporação que gerou o ágio, e em diversas decisões colacionadas, qualifica a operação efetuada como simulada** (art. 167, § 1º, inc. I do CC/02), já que “nunca houve interesse, exceto a economia de tributos, na incorporação com ágio da AUDI DO BRASIL E CIA, realizada pela VWB, não restando alternativa que não seja a desconstituição dos efeitos fiscais da operação e aplicação das penalidades legalmente previstas”.

Em consequência das divergências acima, **o contribuinte foi intimado a pagar a diferença de tributo apurada (IRPJ e CSLL reflexa), juros de mora e multa qualificada de “75% sobre os tributos apurados”, tendo em vista a ocorrência de fraude, com fatos geradores ocorridos em 2011, 2012 e 2013, totalizando R\$ 61.465.041,82** (fls. 1021 a 1022).

Inconformado com a autuação, **o contribuinte Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. apresentou impugnação** (fls. 2088 a 2144) e juntou documentos (fls. 2145 a 4309).

Após discorrer sobre a organização da Audi no Brasil, narrou o Impugnante sobre a venda com ágio da planta de São José dos Pinhais (Business Unit Curitiba - BUC) para a VWB, avaliada por empresa independente, e sobre a subsequente apropriação do ágio por expectativa de rentabilidade futura, à razão de 1/60 avos ao mês.

Alega que o auto de infração é nulo por contradição entre a indicação da infração nos autos de infração e no Termo de Verificação Fiscal, com motivação deficiente nº primeiro, que em nada menciona disposição legal referente a ágio, mas sim em despesas inexistentes. Tal desconexão e consequente nulidade restaria reconhecida em julgados do CARF que colaciona.

Defende a decadência dos tributos cobrados, já que o último negócio foi a incorporação da investida pela investidora (2008), que foi realizada há mais de 5 anos da confecção do auto de infração (2017).

No mérito, **defende que o ágio apurado na aquisição da AUDI BR pela VWB foi real - decorrente de sociedades existentes de fato, e foi pago com base no mercado e em laudo elaborado por avaliadores independentes, mesmo que no âmbito do grupo VW.**

A vedação apontada pela Fiscalização (partes não ligadas) só teria sido introduzida no ordenamento com a publicação a edição da MP 627 (Lei 12.973/14). Ademais, “as marcas Volkswagen e Audi, a despeito de fazerem parte do mesmo grupo, eram geridas de modo autônomo, com administração, patrimônio e prestação de contas individualizadas”, e obrigadas pela legislação alemã a realizarem negócios entre si tal como se fossem realizados com terceiros.

Alega a impugnante que os sócios apontados pela Autoridade Fiscal, Srs. Ricardo Carvalho e Eduardo Gomes, eram responsáveis por meros preenchimentos de documentos no país. As decisões acerca das estratégias eram tomadas pela controladora da Audi BR (Audi AG), cuja representação por pessoas ligadas à VWB não significa confusão entre elas de modo a resultar na manipulação de preço relativamente à aquisição com ágio.

Afirma que os braços das marcas Volkswagen e Audi seriam independentes, com demonstrações financeiras, fluxos de caixa, disponibilidade de capital, diretorias e conselho consultivo independentes. E também que inexistiu simulação, com base

em laudo regular e idôneo, permanecendo o direito à adoção da alternativa menos onerosa do ponto de vista fiscal.

Também sobre o instituto de decadência, **a impugnante afirma a inexistência de simulação no caso concreto, o que levaria à decadência do crédito tributário relativo ao ano de 2011**, já que intimada de sua constituição em 28/12/2017.

Quanto ao tributo reflexo CSLL, defende a ilegalidade da exclusão dos dispêndios com ágio de sua base de cálculo, pois os pressupostos para exclusão do cálculo do lucro real não se aplicariam à formação do lucro tributado pela CSLL, por falta de previsão legal.

Além disso, ainda que procedente a glosa da amortização do ágio, **argumenta que a fiscalização deveria ter abatido o IRPJ e a CSLL dos respectivos saldos negativos** formados por recolhimentos de estimativas mensais e retenções, o que não foi feito.

Por fim, entende a impugnante que **em relação ao ano-calendário 2013, não foi observado o valor de exclusão das bases tributáveis do período a que fazia jus a Impugnante, no montante de 60% das despesas com Pesquisa e Desenvolvimento**, conforme assegurado pelo art. 19 da Lei 11.196/05, o que conduziria à inexistência de tributo a ser exigido quanto ao exercício 2014.

Em sessão de 31/08/2018, **foi aprovada por esta Turma de Julgamento a Resolução nº 14-4.757, onde se constatou a necessidade de diligências para verificação da dedutibilidade dos valores apontados pela contribuinte em sua impugnação.** Foram solicitadas as seguintes providências:

“a) Explicitar os motivos que a levaram a defender a ocorrência de fraude e simulação ao longo do relatório fiscal, mas aplicar a multa simples de 75% sobre os tributos omitidos;

b) Anexar quaisquer outros documentos ou informações que o D. Auditor Fiscal entende pertinentes;

f) Intimar a impugnante a se manifestar, caso queira, sobre as justificativas, documentos e/ou informações eventualmente anexados, conferindo-lhe o prazo de trinta dias para tanto.

Após, retornem os autos a esta DRJ/RPO para julgamento da impugnação apresentada pelo sujeito passivo.”

A Autoridade Fiscal elaborou Relatório de Diligência Fiscal (fls. 4369 a 4371), respondendo a letra “a” da Resolução nº 14-4.757, desta 1ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto, do seguinte modo:

“Quanto ao inquirido na letra “a”, informo que houve inexistência, por parte deste Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, da aplicação do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, quando da implementação no sistema, considerando todo o explanado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 995/1020.

Dessa forma, procedi a correção do Termo de Verificação Fiscal de fls. (995/1020), bem como do Auto de Infração de IRPJ nas fls. (1050/1062) e do Auto de Infração reflexo de CSLL fls.(1063/1073), nos termos do § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. Sendo assim, os novos documentos de lançamento são o Termo de Verificação Fiscal (fls. 4317/4345), Auto de Infração de IRPJ(fl.4346/4355), Auto de Infração Reflexo de CSLL (fls. 4356/4364). Foi reaberto ao contribuinte o prazo para impugnação.

Este relatório seguirá para ciência do contribuinte junto com os documentos acima elencados.”

O mesmo Relatório de Diligência Fiscal intima a contribuinte a se manifestar, dentro do prazo de 30 dias, anexando o supracitado Termo de Verificação Fiscal corrigido e os autos de infração complementares (fls. 4346 a 4364).

O novo Termo de Verificação Fiscal elaborado pela Autoridade Fiscal (fls. 4317 a 4345) repetiu toda a narrativa anterior, acrescentando a partir da fl 4338 que ficou confirmada a existência de simulação, com deslocamento da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do ano seguinte ao que o lançamento de ofício poderia ser efetuado, nos seguintes termos:

(...)

Informa a Autoridade Fiscal que foi lançada a multa simples, mas **a ocorrência da infração com simulação induz ao lançamento via Auto de Infração Complementar**, com base nos dispositivos legais colacionados.

A contribuinte respondeu ao Relatório de Diligência Fiscal com documento de impugnação (fls. 4441 a 4519), e juntada de documentos (4520 a 6698).

Alega que os autos de infração complementares não devem prosperar, pois as não se enquadram nas hipótese taxativas de revisão de ofício. A legislação vedaria a substituição de lançamentos de ofício, com o agravamento da exigência por meio dos novos lançamentos sem que tenha fato ocorrido superveniente justificante (“configurando-se, na realidade, de novas e intempestivas “Autuações”).

Após apresentar novamente os fatos, de modo idêntico ao narrado na impugnação anterior e relatado acima, defende a improcedência dos chamados autos de infração complementares, constituídos por representarem a substituição de ofício de lançamentos originais por erro de direito, mediante a introdução de novo fundamento.

(...)

Para a impugnante, o caso em análise cuida de correção de erro de direito, vedado pela lei, diversamente do que ocorre com a correção de erro de fato, perfeitamente possível. Nesse sentido é a jurisprudência do CARF e do STJ colacionadas.

(...)

Quanto à improcedência da multa qualificada, alega que não se aplica aos casos em que o sujeito passivo age de acordo com suas convicções, deixando todo o seu procedimento às claras, sem tentativa de enganar quem quer que seja ou emprego de meio ardiloso e enganoso (instrumento fraudulento), conforme julgados do CARF que traz à colação.

Com isso, teria ocorrido a decadência do direito à constituição do crédito tributário de 2012. A impugnante afirma que é inaplicável eventual entendimento de que não teria sido efetuado o recolhimento antecipado do tributo e, por decorrência, haveria a mudança no início da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I, do CTN).

Em 11/03/2019 a impugnante anexou aos autos nova petição (fls. 6706 a 6801).

Alega que, com os novos lançamentos e multa qualificada de 150%, abriu-se prazo contribuinte para nova impugnação, apresentada em 21/01/2019. Para o contribuinte, **em vista da intimação ocorrida em 08/02/2019**, “a fim de que a Requerente se manifestasse acerca da Resolução DRJ e do Relatório fiscal em vista de dele, tal implicou o cumprimento da resolução que converteu o julgamento em diligência apenas nesse momento”, o que **impossibilitaria a cobrança dos tributos relativos ao ano de 2012.**

Para a impugnante, “**as determinações da Resolução n. 14-4.757 da DRJ/RPO só podem ser consideradas atendidas no dia 08/02/2019, momento em que se deu ciência à ora Requerente do Relatório de Diligência Fiscal**, conforme julgado do CARF que traz à colação. **Requer, assim, o reconhecimento da decadência da exigência relativa ao ano de 2012, mesmo se considerada aplicação do art. 173 do CTN.** (Grifei)

Em sessão de julgamento realizada em 31/05/2019, a 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP prolatou o acórdão nº 14-95.687 (fls. 6.802 e ss), pelo qual a impugnação foi declarada procedente em parte. Foram exonerados os créditos tributários referentes aos anos-calendário 2011 e 2013.

Consta recurso de ofício.

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR LAVRADO APÓS VERIFICAÇÃO DE INCORREÇÕES, OMISSÕES OU INEXATIDÕES DE QUE RESULTEM AGRAVAMENTO DA EXIGÊNCIA INICIAL. CRITÉRIO JURÍDICO INALTERADO. VALIDADE.

Quando, em diligência realizada no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, sem que haja alteração do critério jurídico escolhido nº decorrer do

procedimento anterior, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar.

TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL QUE CONTÉM A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E LEGAL INFRINGIDA. DOCUMENTO COMPLEMENTAR INDICADO NO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

A fundamentação jurídica e legal informada pela Autoridade Fiscal nº Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do auto de infração, permite o pleno conhecimento das acusações imputadas ao contribuinte e o exercício da ampla defesa, não havendo se falar em nulidade.

DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados, ante a ocorrência de simulação, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas (ágio intragrupo, ágio interno ou ágio de si mesmo), sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros, unicamente para criar artificialmente as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real e da contribuição social.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. CABIMENTO.

Nos casos de lançamento de ofício, o percentual de 75% referente a multa de ofício sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, será duplicado nos casos envolvendo simulação, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. ADIÇÃO AO LUCRO LÍQUIDO PARA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. PREVISÃO LEGAL. PROCEDÊNCIA.

Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente para apuração do IRPJ.

SALDO NEGATIVO OBJETO DE PER/DCOMP. ESTIMATIVAS MENSIS E RETENÇÕES NA FONTE. ABATIMENTO.

No cálculo do IRPJ e CSLL a pagar, há que se considerar a quantia recolhida a maior a título de estimativas mensais e recolhimentos na fonte, mas deve ser adicionado o crédito utilizado como saldo negativo, objeto de PER/DCOMP já transmitida, cuja análise e homologação ocorrerá em processo próprio.

GASTOS COM PESQUISA TECNOLÓGICA. RECÁLCULO DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL IMPORTA EM NOVO LIMITE.

Os valores a título de dispêndios com inovação tecnológica, corretamente declarados pelo contribuinte em DIPJ e cuja dedução é limitada ao valor do lucro real e da base de cálculo da CSLL antes da própria exclusão, devem ser recalculados para permitir dedução maior a partir do novo valor do lucro real e da base de cálculo da CSLL obtido com a autuação.

Ciente da decisão de primeiro grau em 22/11/2019 (fls. 6.861), a recorrente interpôs, no dia 23 do mês seguinte (fls. 6.862), o recurso voluntário de fls. 6.864 e ss. Deduziu alegações similares àquelas já contidas na impugnação, acrescentando que, pelas razões que lá expôs, é possível constatar a *“Inexistência de crédito tributário subsistente em relação à 2011 e, por extensão, impossibilidade de haver recurso de ofício”*.

Em 06/01/2020 (fls. 6.926), a recorrente interpôs a petição de fls. 6.928 e ss, afirmando que *“os autos de infração que deram origem ao processo em referência estão COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional1. Assim sendo, deve ser afastado qualquer ato no sentido de inscrever os débitos controlados no presente processo no CADIN (doc. 2), bem como ser apontado o status correto do débito em conta corrente (doc. 3)”*.

Às fls. 6.932 e ss, petição que reprisa o recurso voluntário.

Às fls. 7.012 e ss, contrarrazões ao recurso voluntário, ofertadas pela PGFN. Da peça, extrai-se o seguinte:

(...)

II – Do direito.

a) Das alegações de nulidade do auto de infração

(...)

Começamos pela segunda alegação, aquela que se contrapõe ao auto de infração e TVF complementares. Para a recorrente, o que ocorreu “não foi a correção de omissão de ato ou de formalidade especial nos lançamentos feitos em dezembro/2017, mas sim o agravamento da exigência. E pior, mediante a introdução de fundamento (“critério”) inexistente nº lançamento substituído”, já que “a única distinção entre os autos de infração está relacionada à multa aplicada” (p. 11 do RV). Para ela, o TVF original “se refere expressamente ao art. 44, I, da Lei 9.430/1996 e à multa de 75% conscientemente”, de modo que não havia erro a ser corrigido. Alega que, “embora o fato de o TVF se referir também à simulação, dolo e fraude, pudesse ensejar dubiedade quanto à qualificação dada pela Fiscalização (...) é evidente que a dúvida deveria ser resolvida em favor da Recorrente”, em suposta aplicação do art. 112 do CTN.

Como se pode perceber, a própria recorrente admite que a acusação no TVF original já era de simulação e fraude. Para comprovar, basta ver sua literalidade:

(...)

Não obstante a clareza do posicionamento da autoridade fiscal, ao dispor sobre a base legal da multa qualificada, em evidente erro material, reportou-se ao percentual do art. 44, inciso I, da Lei 9430/96 ao invés do art. 44 § 1º da mesma lei:

(...)

Foram este percentual e esta base legal equivocados que foram levados ao auto de infração como fundamento da multa (fls. 1061).

Quando da diligência, percebendo o erro material cometido, a autoridade fiscal deu cabo ao que DETERMINAM os artigos 149, I e IX do CTN, 18, § 3º do Decreto 70235/72, e 41 do Decreto 7574/2011. Para que não haja dúvida acerca da perfeita consonância do procedimento adotado para com a base legal acima mencionada, pede-se vênua para transcrever os dispositivos:

(...)

Logo em seu primeiro inciso, o art. 149 do CTN remete à possibilidade de que outras normas determinem a revisão do lançamento de ofício, e assim o faz o art. 18, § 3º do Decreto 70235/72, que todos sabemos tem status de lei ordinária. Com efeito, nos termos do § 3º, **o que houve no caso concreto foi uma incorreção, ou inexatidão da autoridade fiscal ao citar a aplicabilidade da multa de ofício qualificada e aplicar o percentual da multa não qualificada.**

Ora, os trechos do TVF acima transcritos não deixam qualquer margem à dúvida: **a autoridade fiscal registrou em diversas oportunidades entender configuradas simulação e fraude**, citou doutrina e jurisprudência a respeito, **bem como externou estar realizando o lançamento da multa qualificada. Este é o critério jurídico adotado, o qual permaneceu inalterado, mesmo no lançamento complementar.**

No entanto, o fiscal incorretamente declinou base legal e percentual da multa simples. Trata-se de evidente incorreção ou inexatidão, incompatível com o critério jurídico externado no TVF. Portanto, está materializada na hipótese, a situação prevista no art. 18 § 30 do PAF, e autorizada no art. 149, I do CTN.

Incabível, portanto, a recorrente invocar suposta ofensa ao art. 146 do CTN. A uma porque mudança de critério jurídico não houve, como demonstrado. A duas porque, ainda que houvesse (o que se admite apenas para argumentar), o § 30 do art. 18 citado admite que da sanção da incorreção ou inexatidão pode sobrevir não apenas o agravamento da exigência, como também admite, expressa e explicitamente, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência!

Uma vez que a referida redação foi dada ao PAF pela Lei nº 8.748, de 1993 (isto é, posterior ao CTN e à CF) sequer cabe ao CARF reconhecer eventual incompatibilidade da Lei com o CTN, pois estaria a afastá-la sob fundamento de inconstitucionalidade (invasão de matéria reservada à LC), conduta vedada pelo art. 26-A do PAF. Assim, ao CARF cabe apenas interpretar e aplicar o § 3º do art.

18 do PAF, não podendo, neste ofício, desconsiderar ou afastar as expressões explícitas “agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal”.

(...)

Por todo o exposto, é manifestamente improcedente a alegação de nulidade do auto de infração complementar. Não obstante, cumpre fazer um adendo: **na remota hipótese de se decidir pela nulidade do auto de infração complementar, é preciso lembrar que sua nulidade há de ser completa, isto é, o ato deve ser considerado ineficaz para todos os efeitos, inclusive no que toca à anulação do auto original.** Com efeito, é o auto de infração complementar que cancelou o auto de infração anterior, consoante autorização do Decreto 7.574/2011, art. 41, § 2º, inciso II.

Ora, excelências, se a Turma julgadora decidir pela nulidade do auto complementar, a nulidade opera efeitos ex-tunc, e deve-se retornar o processo ao ponto a partir do qual ocorreu a nulidade. É o que determinam os §§ 1º e 2º do art. 59 do Decreto 70.235/72:

(...)

Desta feita, na hipótese de nulidade, uma vez extirpados os efeitos do AIIM Complementar, dever-se-á devolver o processo à DRJ para julgar a impugnação da contribuinte quanto ao auto de infração original (inclusive em relação aos fatos geradores do a/c 2011), pois o ato que promoveu o seu cancelamento foi considerado nulo e ato nulo não produz efeitos.

Ainda no âmbito das supostas nulidades, a recorrente levanta também a tese de que há contradição entre a indicação da infração nos AIIM e no Termo de Verificação Fiscal, com motivação deficiente no AIIM, que não menciona a disposição legal referente ao ágio, se referindo a despesas inexistentes.

Quanto a este argumento, a DRJ enunciou o óbvio e que é praxe no procedimento de constituição do crédito tributário federal: “O Termo de Verificação Fiscal é parte integrante do auto de infração e este não pode ser tomado ou compreendido sem aquele”. Assim, o embasamento legal para a autuação fiscal contido em qualquer um dos documentos (auto de infração ou termo de verificação) valida o lançamento, não havendo que se falar em desrespeito ao inciso IV do art. 10 do PAF.

(...)

Como bem afirmou o julgador recorrido, consta do AIIM expressamente que o TVF dele faz parte. A própria descrição da infração nº AIIM remete ao TVF: “Com base em despesas inexistentes, o sujeito passivo efetuou ajustes indevidos decorrentes do regime tributário instituído pelo capítulo III da Lei nº 11.941/09, conforme demonstrado no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal em anexo” . Sendo assim, **se a recorrente atentasse para a literalidade do AIIM e**

interpretasse as peças processuais como um todo orgânico, e não como se fossem tiras autônomas, veria muito clara e coerente a linha de raciocínio fiscal, descartando qualquer contradição.

(...)

Ora, excelências, **se o ágio é ilegítimo, não tem substância, evidentemente as despesas decorrentes de sua amortização também o são!** Isto é, para fins fiscais, tais despesas devem ser desconsideradas, tidas por inexistentes.

Pouco importa que tenha havido transferências intragrupo contabilizadas (e mesmo pagas) sob este título. O fato é que, nessas circunstâncias, o ágio por expectativa de rentabilidade futura é ilegítimo, contábil e economicamente, de modo que **se pagamento houve, tem outra natureza que não verdadeiramente ágio.** As despesas registradas como amortização de “**ágio que não é ágio**”, são de fato inexistentes sob tal título, mormente para fins de obtenção de benefícios fiscais. Desta forma, não existe nenhuma contradição entre TVF e AIIM.

(...)

Pelo exposto, devem ser rechaçadas todas as alegações de nulidade, estando o lançamento fiscal inteiramente hígido e em conformidade com as formalidades essenciais, conforme a legislação de regência, e perfeitamente apto produzir todos os seus efeitos.

b) Do ágio

Quanto ao mérito, **é incontroverso que se trata de ágio interno.** A recorrente o confirma em diversas passagens:

(...)

O problema essencial do ágio interno está no fato dos detentores últimos das participações societárias envolvidas, na condição de adquirentes e alienantes, cobrarem de si mesmos um ágio na transferência de tais participações, o que daria em tese direito a reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL mediante dedução da despesa de amortização desse ágio. Esse ágio cobrado dentro do mesmo grupo é meramente escritural, pois ainda que haja desembolso, não há esforço financeiro de qualquer das partes, já que todas são submetidas a um controle único. É como “tirar de um bolso e colocar no outro”. Franquear esta possibilidade é permitir a aferição de benefício fiscal em decorrência de mera reavaliação de ativos.

(...)

Portanto, **a contribuinte é obrigada, pela lei tributária, a apurar o lucro líquido de acordo com a lei societária que, por seu turno, determina que este lucro é obtido através da observância da escrituração e dos preceitos da ciência contábil.** Se a contabilidade não aceita o ágio interno gerado na aquisição de participação societária, esse registro, em princípio, também será rejeitado pela

legislação comercial e pela lei tributária, a menos que esta expressamente o admitisse, uma vez que ele trará reflexos indevidos na apuração do lucro líquido da pessoa jurídica.

(...)

Cabe salientar, ainda, que **o fato de que a operação “resultou em ganho de capital à AUDI AG e na aquisição de AUDI BR por VWB” (p. 38 do RV), não retira a ilicitude da amortização fiscal do ágio, e nem sequer afasta a vantagem fiscal indevida auferida pelo grupo.**

A uma porque, segundo o planejamento fiscal, **enquanto a AUDI AG seria tributada em 15% no ganho, a VWB obteria 34% em vantagem tributária para abater de seus lucros.** O grupo econômico da recorrente se dispôs a apurar ganho em operação simulada e/ou sem lógica econômica justamente porque vislumbrou um ganho fiscal que o compensaria logo em seguida – em análise completamente equivocada, para não dizer fraudulenta.

Não bastasse a ilegitimidade do ágio interno, **a autoridade fiscal ainda apontou irregularidades quanto às demonstrações trazidas como fundamento do ágio como expectativa de rentabilidade futura.** Trata-se de outro fundamento autônomo a suficiente para manter a autuação.

(...)

Se em situações normais, o fato de a auditoria não se responsabilizar pela veracidade das informações é suplantado pela independência das partes que transacionam (ninguém numa legítima negociação de mercado aceitará de bom grado as simples informações fornecidas pela contraparte – e se o fizer arcará com o ônus da desídia). **Numa transação intragrupo, todavia, esse “lavar as mãos” da entidade que deveria avaliar o investimento quanto à veracidade dos dados retira completamente sua credibilidade.**

Portanto, revela-se CORRETA a glosa da amortização do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal no presente feito.

c) Alegações subsidiárias

(...)

Como afirmado pela autoridade autuante, a fiscalização foi executada no bojo da avaliação de PER/DCOMP, em que o contribuinte requisitou crédito no valor de R\$ 113.866.944,52 a título de Saldo Negativo de IRPJ no ano-calendário 2013.

A DRJ bem anotou, **em relação ao saldo negativo, que o contribuinte já tinha utilizado os valores do Imposto de Renda Retido na Fonte e as estimativas mensais pagas ao longo do ano para compor o crédito de saldo negativo** objeto das PER/DCOMP transmitidas. A recorrente, por sua vez, defende que, mesmo assim, o saldo negativo objeto dos pedidos deveria ter sido considerado no lançamento como disponível ao contribuinte, e que a autoridade fiscal deveria ter

intimado a DRF responsável pela análise das PER/DCOMP, uma vez que o pedido não havia ainda sido analisado.

Ora, se o contribuinte já se utilizou do IRRF e estimativas para compor o crédito de saldo negativo nas PER/DCOMP transmitidas, não há sentido em utilizar-se dos mesmos valores a favor do contribuinte na apuração do crédito tributário apurado no auto de infração. Nos termos do § 2º do art. 74 da Lei 9430/96, “A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”. Portanto, uma vez apresentado o pedido de restituição/compensação, tanto o crédito quanto o débito ficam vinculados ao processo até sua resolução final.

(...)

Diante do quadro fático exposto, bem como das inter-relações demonstradas, **não assiste razão à recorrente quando diz que houve desconsideração do saldo negativo pendente de revisão, sendo que a verificação do direito creditório dele decorrente será verificada e eventualmente cobrado no próprio processo de restituição e compensação, no qual pende julgamento de manifestação de inconformidade do contribuinte.**

Deve-se manter hígido o presente lançamento, em sua integralidade, cuidando de conferir as repercussões devidas no PER/DCOMP posteriormente.

Com relação à base de cálculo da CSLL, a jurisprudência da Corte Administrativa já é pacífica:

(...) (Grifei)

É o relatório.

VOTO

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, Relator:

Os recursos - voluntário e de ofício – reúnem os pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto ao que dispõem o artigo 34 do Decreto nº 70.235/72 e o artigo 1º da Portaria MF nº 02/23. Logo, deles conheço.

Conforme relatado, o contribuinte efetuou operações societárias intragrupo, das quais resultou a apuração de ágio, que, para o que importa no presente processo, teve sua amortização tomada como despesa dedutível, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário 2011, 2012 e 2013.

Tais deduções foram glosadas de ofício.

Em apreciação inaugural da lide, o colegiado de primeira instância determinou a realização de diligência, para que a autoridade fiscal se pronunciasse sobre a qualificação da multa de ofício, afirmada e motivada no TVF, mas não refletida nos cálculos dos autos de infração.

Apreciando o feito, a autoridade fiscal entendeu cabível a retificação do lançamento, lavrando novos autos de infração e TVF. Os documentos retificadores confirmaram a qualificação da multa – inclusive nos cálculos – e excluíram as exigências tributárias referentes a 2011, ante o reconhecimento de ofício da decadência relativa àquele período.

A qualificação do instituto em análise como “*ágio interno*” é questão incontroversa nos autos, ainda que as partes apontem consequências opostas para o fato.

Para a fiscalização, “*a dedução dos valores a título de amortização de ágio é indevida, pois o contribuinte realizou as operações dentro do mesmo grupo de sociedades capitaneado pela Volkswagen AG*”.

De outro lado, o contribuinte afirma que “*o fato de terem se dado no âmbito do grupo VW não tem o condão de, per se, tornar inválida a amortização do ágio no presente caso*”.

Sob tal quadro, fiscalização e recorrente se opõem quanto à dedutibilidade dessas amortizações, deduzindo, em síntese, os argumentos sintetizados a seguir.

A fiscalização entende: (i) que não houve circulação de riqueza para fora do grupo Volkswagen; (ii) que a Audi do Brasil e Cia jamais atuou como entidade autônoma; (iii) que o valor do negócio não teve a confirmação do mercado, por não ter sido negociado entre partes independentes; (iv) que os laudos apresentados para atestar a fundamentação da operação em expectativa de rentabilidade futura são inservíveis.

Em oposição, a defesa argumentou: (i) que o lançamento é nulo, (i.a) por contradição entre os autos de infração e o TVF, e (i.b) por terem os autos de infração complementares operado mudança de critério jurídico; (ii) que o ágio foi apurado em operação societária efetivamente ocorrida e com laudo elaborado por avaliadores independentes; (iii) que a vedação à dedutibilidade do ágio interno só surgiu com a Lei nº 12.973/14; (iv) que o lançamento referente ao ano-calendário 2012 foi alcançado pela decadência; (v) que, para o ano-calendário 2013, não foi excluída da base de cálculo a parcela de 60% das despesas com pesquisa e desenvolvimento.

O órgão julgador de primeira instância confirmou a decadência – antes afirmada pela autoridade fiscal encarregada da diligência – do lançamento afeto ao período 2011. Além disso, deu provimento à impugnação, quanto ao cabimento da exclusão, em 2013, de 60% das despesas com pesquisa e desenvolvimento, disso resultando, nos dizeres do relator na DRJ, “*Lucro Real e Base de Cálculo da CSLL equivalentes a zero*”.

Pois bem.

De plano, nota-se o zelo da autoridade julgadora de primeira instância, ao expressamente se manifestar sobre o lançamento referente ao ano-calendário 2011. Certamente, o fez tanto porque se tratou de período abarcado no lançamento original, como porque tomou em conta a competente reação de defesa na primeira peça impugnatória.

Não obstante, é preciso atentar que, em sede de diligência, a Fazenda retificou o lançamento. O fez, não apenas para recalcular a multa de ofício – refletindo a sua qualificação motivada no TVF –, como para retirar o lançamento de 2011 – como já visto, por reconhecer a decadência.

De tal modo, uma vez afastado da fala acusatória, o lançamento referente ao período 2011 tornou-se matéria fora da lide.

Sob tal quadro, despicienda a análise de questões de direito daquele ano-calendário – sejam de nulidade, prejudiciais ou de mérito. Mas, se esse não foi o entendimento da autoridade prolatora da decisão recorrida, nenhuma mácula ao processo há no fato dela ter reafirmado a decadência. No entanto, tal questão não deve figurar como desafiadora de reexame necessário pela segunda instância de julgamento, posto que, repita-se, é matéria fora da lide.

Assim, o recurso de ofício merece prosseguir em seu curso tão somente quanto ao lançamento afeto a 2013. E, no ponto, a ele não se deve dar provimento.

É que tem razão, a autoridade julgadora de primeira instância, quando afirma a possibilidade de dedução a título de pesquisa e desenvolvimento. Trata-se de permissivo legal contido no artigo 19 da Lei nº 11.196/05:

Art. 19. Sem prejuízo do disposto no art. 17 desta Lei, a partir do ano-calendário de 2006, a **pessoa jurídica poderá excluir do lucro líquido, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, o valor correspondente a até 60% (sessenta por cento) da soma dos dispêndios realizados no período de apuração com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, classificáveis como despesa pela legislação do IRPJ, na forma do inciso I do caput do art. 17 desta Lei.**

(...)

§ 5º **A exclusão de que trata este artigo fica limitada ao valor do lucro real e da base de cálculo da CSLL antes da própria exclusão**, vedado o aproveitamento de eventual excesso em período de apuração posterior.

(...) (Grifei)

A contribuinte tem valores escriturados e declarados a tais títulos e não consta que a fiscalização tenha se oposto a tal fato.

Na apuração espontânea da contribuinte, a dedução em questão foi inferior aos 60% legalmente autorizados. Porém, com a ampliação das bases de cálculo em razão do lançamento, a autoridade fiscal deveria ter conferido os efeitos plenos de tal favor legal.

Como bem demonstrado no voto da decisão recorrida, a dedução dos 60% da despesa no montante de R\$ 286.492,16 não deixa base de cálculo positiva para nenhum dos dois tributos lançados.

Logo, acertada a exoneração da parcela do lançamento que recaiu sobre o ano-calendário 2013.

Pelo até aqui exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

Resta, pois, a análise do lançamento de 2012, mantido pela decisão recorrida.

Sem razão, a defesa pugna pela nulidade do feito fiscal, por suposta mudança de critério jurídico em sede da diligência.

A toda evidência, o que a autoridade fiscal realizou foi mera correção de erro material. Isso porque, todo o relato fiscal aponta para o inequívoco entendimento sobre a ocorrência, em tese, de simulação e fraude, concluindo pelo cabimento da qualificação da multa.

Não obstante, por notório erro material, a fiscalização fundamentou a multa de ofício no dispositivo que a impõe em seu patamar base (Lei nº 9.430/96, artigo 44, I), e não em sua forma qualificada (§ 1º daquele mesmo artigo 44).

Diante de tal cenário, acertadas as providências adotadas, tanto pela autoridade julgadora de primeira instância, como pela autoridade fiscal encarregada da diligência. Agiram, ambas, em cumprimento ao artigo 18 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados.

§ 2º Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade.

§ 3º **Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação** no concernente à matéria modificada. (Grifei)

Nessa mesma linha, o Decreto nº 7.574/11 dispõe:

Art. 41. Quando, em exames posteriores, **diligências** ou perícias realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões, de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será efetuado **lançamento complementar** por meio da lavratura de auto de infração complementar ou de emissão de

notificação de lançamento complementar, específicos em relação à matéria modificada (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 18, § 3º , com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).

§ 1º O lançamento complementar será **formalizado nos casos:**

I - **em que seja aferível, a partir da descrição dos fatos** e dos demais documentos produzidos na ação fiscal, **que o autuante, no momento da formalização da exigência:**

a) apurou incorretamente a base de cálculo do crédito tributário; ou

b) **não incluiu na determinação do crédito tributário matéria devidamente identificada;** ou

II - em que forem constatados fatos novos, subtraídos ao conhecimento da autoridade lançadora quando da ação fiscal e relacionados aos fatos geradores objeto da autuação, que impliquem agravamento da exigência inicial.

§ 2º **O auto de infração** ou a notificação de lançamento **de que trata o caput terá o objetivo de:**

I - complementar o lançamento original; ou

II - **substituir, total ou parcialmente, o lançamento original** nos casos em que a apuração do quantum devido, em face da legislação tributária aplicável, não puder ser efetuada sem a inclusão da matéria anteriormente lançada.

§ 3º Será concedido prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência complementar, para a apresentação de impugnação apenas no concernente à matéria modificada.

§ 4º **O auto de infração** ou a notificação de lançamento **de que trata o caput devem ser objeto do mesmo processo em que for tratado o auto de infração ou a notificação de lançamento complementados.**

§ 5º O julgamento dos litígios instaurados no âmbito do processo referido no § 4º será objeto de um único acórdão. (Grifei)

Assim, não se extrai do caso qualquer mudança de critério jurídico operada em sede de diligência.

Tampouco se apura contradição entre os autos de infração e o TVF. Por serem documentos acusatórios complementares (Decreto nº 70.235/72, artigo 10, III, c/c CPC, artigo 320).

De tal modo, se o auto de infração não reproduz dispositivo legal mencionado no TVF, disso não resulta nenhuma irregularidade no procedimento fiscal. Até porque a descrição dos fatos realizada pelo autuante foi exauriente, tanto assim que permitiu ao contribuinte contraditá-la com alentada e robusta defesa.

Ante o exposto, declaro inócurrenre razões de nulidade.

Adiante.

A recorrente argui a decadência, afirmando ser inalcançável o ágio formado em 2008.

Para concretizar a hipótese de decadência arguida pela defesa, seria necessário entender que o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o fato contábil-societário que deu origem ao ágio – sua formação – e não a dedução de sua amortização.

Não merece prosperar o alegado, pelas razões que se passa a expor.

Inicialmente é devido esclarecer que o efeito tributário decorrente do ágio somente ocorre quando do seu emprego como despesa dedutível, realizado nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. A formação do ágio não tem como consequência o surgimento de uma obrigação tributária. Já a sua dedução, nas hipóteses autorizadas em lei, enseja redução do IRPJ e da CSLL devidos, operando assim efeitos fiscais.

Somente com a dedução da despesa de amortização do ágio em desconformidade com a legislação tributária, que acarreta a redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, é que resta configurada a infração à legislação tributária. É a partir de tal ponto que surge o direito de a Fazenda efetuar o lançamento de ofício, contra o qual flui o prazo decadencial.

Dito de outra forma, se a interessada não tivesse, no entender da autoridade fiscal, reduzido indevidamente as bases de cálculo com o montante relativo ao ágio amortizado, não haveria qualquer infração à legislação tributária. Por conseguinte, não haveria lançamento de ofício, independentemente das operações realizadas durante a reorganização societária e da geração do ágio.

Em virtude do exposto, não se pode considerar a data da formação do ágio como referência para fins de contagem do prazo decadencial. O termo inicial da contagem de tal intervalo de tempo, seja pelo regramento do artigo 150, §4º, seja pelo do artigo 173, inciso I, ambos do CTN, deve levar em consideração o momento em que a legislação atribui efeitos tributários à dedução, em tese, indevida, e não o momento da formação do ágio. Nesse sentido, está a súmula CARF nº 116:

“Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.” (grifei)

Assim, versasse o lançamento presente sobre glosa operada sobre amortização promovida em 2008, estaria correta a defesa em arguir a decadência.

Mas o objeto da glosa foi a dedução de despesas com amortização do ágio realizadas em 2012, considerando-se a parcela do lançamento que ainda persiste em lide.

Como a interessada adotou como forma de tributação o lucro real anual, metodologia em que o fato gerador do IRPJ e da CSLL é considerado ocorrido em 31 de dezembro

do ano de referência – nos termos dos artigos 2º, §3º, e 28 da Lei nº 9.430/96 –, há que se considerar que os fatos geradores dos referidos tributos ocorreram em 31/12/2012.

A questão agora é determinar qual a regra de contagem do prazo decadencial se aplica ao caso.

A autoridade fiscal afastou a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, porque entendeu ter havido a prática de sonegação e fraude. De modo tal que teria restado configurada a excludente da contagem mais benéfica ao sujeito passivo, prevista na parte final daquele § 4º.

A exigência fiscal foi, por conseguinte, formulada sob a regra do artigo 173, inciso I, do CTN. Com base em tal dispositivo, bem assim a interpretação que lhe confere a súmula nº 101 deste Tribunal administrativo, o prazo decadencial para o período mais remoto passou a ser 31/12/2018. Como a ciência do lançamento se deu em 24/12/2018 (fls. 4.373), para a Fazenda, o resultado do procedimento fiscal goza de plena regularidade.

A decisão acerca de qual seja a regra aplicável na espécie passa, pois, pela análise da efetiva demonstração da aventada prática de simulação e fraude, o que será feito no capítulo deste voto destinado à multa de ofício qualificada.

Sendo assim, a conclusão sobre haver ou não decaído o prazo de constituição do crédito tributário, que corre contra a Fazenda, será afirmada adiante, quando da prolação do veredito acerca da penalidade.

Ao mérito.

A partir da teia de fatos, a autoridade fiscal concluiu por estarem todas as pessoas jurídicas envolvidas no presente caso sob o controle do grupo Volkswagen, assinalando que *“Além do vínculo entre VWB e AUDI DO BRASIL e CIA (...), uma análise dos documentos apresentados demonstram que a AUDI DO BRASIL E CIA jamais atuou como entidade autônoma, sendo gerida como subsidiária da VWB”*.

De plano, é preciso anotar que há muito as normas contábeis condenam o reconhecimento do ágio interno.

A constatação acima é possível de ser feita mesmo com breve visita ao contexto histórico do tema. É o que se passa a fazer.

Primeiramente, o princípio do registro pelo valor original, regulado pela Resolução CFC nº 750/1993, já previa que a avaliação dos componentes patrimoniais na entrada pressupunha a existência de agentes externos, com os quais se formaria um consenso sobre o valor:

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

Parágrafo único. Do Princípio do Registro pelo Valor Original resulta:

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

(...) (grifei)

Alinhando-se ao entendimento CFC, há o Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, condenando o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios, já que as transações não se revestiriam de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para autorizar registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade:

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas. A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”. Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação. Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico. Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, **preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível. **Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”. Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.** (...) Nos termos do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, a CVM entende que as operações efetuadas por Companhia Aberta, com base no artigo 36 da Lei nº**

10.637/02, não se revestem de substância econômica, elemento esse fundamental para que o ágio gerado fosse passível de registro no ativo das sociedades. Para a CVM **somente as operações em que há troca de ativos (geração de riqueza) é que fazem surgir o ágio na aquisição de investimentos.** Desta forma, o ágio gerado em operações realizadas sem esse embasamento e com base no artigo 36 da lei nº 10.637/02, não seriam passíveis de registro pelas Sociedades. (grifei)

Na sequência, a Resolução CFC nº 1.110/2007 estabeleceu:

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

Já em 2010, o CPC nº 04 (R1), tratando de ativos intangíveis, afirma:

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

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

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

A força normativa dos dispositivos acima é afirmada, de modo incontestado, pela Lei nº 6.404/1976, que assim estabeleceu:

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.

(...)

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas **observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários** e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (grifei)

Portanto, é de se concluir que, há muito, as normas contábeis não admitem o registro do ágio interno, sob pena de violação do princípio do registro pelo valor original.

Ora, se o ponto de partida de apuração do IRPJ e da CSLL é o lucro líquido contábil, e este não admite registros de amortização de ágio interno, não é possível, por conseguinte, admiti-lo igualmente para fins fiscais. Do contrário, necessário seria permitir exclusões adicionais no LALUR e no LACS sem previsão expressa na legislação tributária.

Apenas as exclusões expressamente previstas em lei ou em ato normativo autorizam deduções no LALUR ou no LACS. Não cabe ao sujeito passivo interpretar extensivamente o disposto nas leis fiscais para criar hipóteses de exclusão do lucro real ou da base de cálculo da CSLL.

E, no caso em tela, trata-se, indubitavelmente, de ágio interno. A autoridade fiscal logrou demonstrar a existência de um grupo econômico formado pelas sociedades envolvidas na operação, ao passo que a recorrente se limitou a afirmar que se tratou de um investimento verdadeiro – com efetivo pagamento do preço, tributação do ganho de capital pela vendedora e com valor laudado por terceiros.

Pois bem. O ágio em questão é interno porque surgiu e foi amortizado por expressão de uma só vontade, uma vez que todas as operações foram intragrupo, submetidas a uma única entidade controladora.

O não reconhecimento do ágio interno visa proteger a lisura do retrato da situação das empresas, evitando que os interessados, acionistas, e até o fisco, sejam ludibriados por uma informação econômica inverídica. Não é por outro motivo que as normas contábeis e societárias acima preocupam-se em garantir demonstrações financeiras fidedignas, que permitam aos investidores, ao mercado e à sociedade como um todo conhecerem a verdadeira situação econômico/financeira das companhias.

Sendo o ágio a diferença entre (i) o preço de aquisição de ações ou quotas de uma sociedade e (ii) o correspondente valor patrimonial, esses dois elementos sobressaem em toda operação societária em que se apura ágio.

Ocorre que, enquanto o valor patrimonial é estabelecido objetivamente – por uma relação entre as ações ou quotas de capital e o valor do patrimônio líquido –, o preço é livremente pactuado pelas partes.

É exatamente na fixação do preço que reside a diferença mais visível entre operações realizadas por partes independentes, e aquelas realizadas por entidades empresariais pertencentes ao mesmo grupo econômico – situação em que uma delas se encontra submissa à vontade da outra, ou quando ambas se encontram sob controle comum.

Em operações envolvendo partes independentes, comprador e vendedor têm posições antagônicas em relação ao preço. Enquanto o primeiro busca o menor preço possível, o segundo quer elevá-lo ao patamar máximo. O ponto de equilíbrio entre essas duas forças é dado

pelo mercado, sendo certo que, nessa disputa, a vitória de uma parte possui idêntica extensão da derrota da outra. Afinal, o dispêndio do comprador é o proveito econômico do vendedor.

Seja como for, as condições do mercado, ao final, é que fazem com que as partes componham seus interesses quanto ao preço. Essa situação, entretanto, não ocorre quando o negócio é firmado entre partes vinculadas. Afinal, sob tal quadro, a disputa em torno do preço desaparece, cedendo o passo a propósitos que transcendem o interesse das partes, para contemplar o interesse superior do grupo econômico.

Em situações como essa, o direito tributário não pode se contentar com eventuais regularidades formais da concretização do entendimento formulado pelo sujeito passivo, e, assim, permitir que se utilize arranjos contábeis não autorizados pelas normas próprias, com o fim único de economia tributária.

O ágio em análise apenas superficialmente se reveste de aparente legalidade, mas, materialmente carece de condições mínimas de fidedignidade, haja vista não ter sido gerado em condições de livre mercado e entre partes independentes. O grupo Volkswagen criou uma vantagem por ter o controle total das empresas que o integram, que simplesmente foram instrumentos de planejamento tributário indevido.

Uma operação de compra e venda envolvendo empresas do mesmo grupo não gera riqueza nova. Não há ganho, nem perda. Embora, formalmente, o escritural ganho de uma parte seja o dispêndio contábil de outra, dentro do grupo econômico, essas parcelas se anulam. De tal modo, em nada importa se houve efetividade no pagamento, pois, em situações como a presente, *“o dinheiro só troca de bolso do mesmo dono”*.

A respeito do efeito econômico, *ceteris paribus*, de operações societárias envolvendo sociedades sob controle comum, o professor Eliseu Martins assim fez constar num dos capítulos que redigiu no Manual de Contabilidade das Societária da FIPECAFI (3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pag. 485-486):

Os processos de **fusão, incorporação e cisão** normalmente utilizados no Brasil, independentemente de envolverem sociedades sob controle comum, não envolviam, como regra, a utilização de valores de mercado na mensuração dos ativos e passivos da empresa adquirida, mesmo quando ocorria mudança de controle.

(...)

Considerando a essência econômica da operação, em verdade, a mudança na base de avaliação dos ativos e passivos da entidade combinada só se justifica cabalmente quando da alteração do bloco de controle acionário (alteração do controlador), envolvendo arranjos negociados entre partes independentes. Tal constatação é facilmente percebida pela análise de demonstrações contábeis consolidadas. Incorporar, fundir ou cindir formalmente sociedades cujo controle antes e depois da operação permanece com a mesma entidade e não promove alteração nas demonstrações contábeis consolidadas.

Portanto, não deveria, em princípio, ser alterada a base de avaliação do conjunto de ativos líquidos, mesmo que esse conjunto constitua um negócio nos termos da norma e/ou que o percentual de participação tenha sido alterado. **O motivo é simples: antes e depois da operação o conjunto de ativos líquidos continua sob controle da mesma entidade.** (grifei)

Nessa quadra, a fixação de preço de ações em operações intragrupo passa a ser um dado de menor relevância sob o aspecto econômico. Porém, do ponto de vista tributário, a fixação de preço da participação societária em montante superior ao patrimônio líquido tornar-se conveniente, na medida em que oportuniza o surgimento de um ágio artificial pretensamente apto a ser deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Assim, é lugar comum que, em negócios jurídicos que produzem ágio interno, o sujeito passivo autuado pela indevida dedução de tal valor propale como propósito comercial seu aquilo que, em verdade, consistiu em interesse imediato do grupo econômico e mediato de suas entidades controladoras.

No limite, há situações em que o ágio – que nos negócios jurídicos envolvendo partes independentes, é um elemento empresarial periférico, ainda que relevante sob a ótica tributária – gerado em operações entre partes vinculadas é a própria finalidade, o objetivo principal da manobra societária.

Seja como for, o ágio interno carece de substância econômica, pois criado arbitrariamente entre partes dependentes, sem a influência de agentes econômicos externos na fixação, marcada a mercado, do preço estabelecido para o negócio.

E, assim sendo, não pode esse mesmo ágio, hermeticamente quantificado por um grupo empresarial – no mais das vezes impulsionado sob a ótica da desnecessidade do efetivo pagamento intragrupo – intentar ser utilizado como dedução de IRPJ e CSLL. Se assim não fosse, estaria revelado profícuo estratagema de geração de vantagem fiscal.

Não por acaso, a jurisprudência deste Tribunal Administrativo há muito se consolidou na forma que espelham os seguintes julgados:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser **mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio**, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101002.388 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço. (Acórdão nº 9101002.487 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de **dedução das despesas de amortização do ágio**, prevista no art. 386 do RIR/1999, **requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.**

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, **não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte.** (Acórdão nº 9101002.449 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO. ALCANCE.

Não é dedutível o pretensão ágio na aquisição de participação societária apurado no estrangeiro, em operação envolvendo pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, mesmo que sem qualquer vinculação entre si, ainda mais quando, tanto o laudo de avaliação apresentado, quanto o lançamento fiscal se baseiam em ágio contabilizado mais de dois anos depois, **oriundo de operações envolvendo empresas já pertencentes ao mesmo grupo econômico, domiciliadas no Brasil, caracterizando ágio interno.** É correta, portanto, a glosa das exclusões não previstas na legislação da CSLL, e da redução do lucro tributável por despesa atribuída a ágio, mas que não se reveste das características necessárias para ser assim classificada. (Acórdão nº 9101002.183 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

No caso em tela, ainda que tenha ocorrido o efetivo dispêndio pela participação societária adquirida, não houve mudança no bloco de controle.

Cumprido ressaltar que, ante todo o exposto, as disposições normativas – legais e infralegais – que passaram a vigor após as operações societárias afetas ao caso presente e, expressamente, vedaram a dedutibilidade do ágio interno, não assentaram uma impossibilidade que já não existisse: apenas a explicitaram.

A falta de substância econômica e todas as características do ágio interno antecedem a tais orientações, bem como à própria legislação que instituiu regras de convergência internacional. Os novos diplomas vieram apenas reforçar o entendimento de que essa espécie de ágio carece, como sempre careceu, do fundamento econômico requerido pelo artigo 7º, III, da Lei nº 9.532/97.

Tudo fora ajustado sem qualquer conflito de vontades, discussão efetiva de valores ou cobrança de prazos. Não há nos autos qualquer demonstração de pretensão resistida, ainda que posteriormente superada, de uma das partes relativamente aos interesses da outra. Trata-se, pois, de situação em que, inequivocamente, houve um planejamento perpetrado por uma unidade central do grupo econômico.

Embora formalmente exista uma aparência de legalidade no desenrolar dos acontecimentos previamente programados pelo grupo Volkswagen, não existe absolutamente nenhuma substância que permita concluir pela existência do referido ágio.

A defesa assinalou que a operação em análise gerou ganho de capital para a vendedora, cuja tributação incidente fora observada, ante o recolhimento do imposto incidente.

Em se tratando de ágio interno, a tributação de ganho de capital cumulada com a dedução da amortização do ágio opera em favor do bloco de controle. Afinal, sob a premissa de o ganho de capital ser equivalente ao ágio da operação, faz-se a troca de uma alíquota de cerca de 34% - IRPJ e CSLL com suas bases de cálculo deduzidas do ágio – por uma de 15% – IRPJ sobre o mesmo ágio.

E mais: para todas as outras situações que não de ágio interno com ganho de capital equivalente ao ágio, a tributação do ganho de capital pela parte vendedora em nada repercute na análise da dedutibilidade do ágio.

Razões incontestes há para tanto: (i) o ganho de capital pode ocorrer para o vendedor sem que o ágio possa ser deduzido pelo comprador – basta que este não realize a alienação ou a incorporação da sociedade adquirida; (ii) o ágio pode existir sem que, antes, tenha havido ganho de capital – afinal, (ii.a) nem sempre a participação societária é adquirida, podendo ocorrer pela via do aumento de capital na própria sociedade a qual a participação se refere; ou (ii.b) a participação societária pode ter sido vendida com perda de capital, pois enquanto o resultado da compra e venda (ganho ou perda de capital) é medido pelo custo de aquisição, o ágio é mensurado a partir do patrimônio líquido.

Ainda que assim não fosse, bastaria atentar que a lei impõe requisitos específicos para a dedutibilidade do ágio, dentre os quais não está relacionado a apuração de ganho de capital, e o correspondente recolhimento de tributo, pela parte vendedora da participação societária.

Nesse sentido lecionam Bruno Fazersztajn e Paulo Coviello Filho (in: Peixoto, Marcelo Magalhães; Faro, Maurício Pereira (coordenadores). Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. São Paulo: MP, 2016. p. 110-111):

Isso porque **não é pressuposto para a amortização de ágio**, nos termos do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, que a aquisição da participação societária com ágio, quando for o caso, tenha sido objeto de alguma incidência tributária sobre a contraparte da pessoa jurídica adquirente, isto é, as hipóteses dos referidos dispositivos legais não se limitam às situações em **que tenha havido alienação com ganho de capital do alienante**, sujeito à incidência do imposto de renda (e da CSL quando se tratar de alienante pessoa jurídica).

A constatação acima decorre de que, primordialmente, **a condição não consta da lei, de modo que não pode ser acrescentada por interpretação ou na aplicação**

da norma, já que ao intérprete ou aplicador da lei não é dado distinguir situações que a lei não distinga, e assim impor condições que a lei não imponha.

De fato, não poderia ser diferente, eis que nem sempre **a aquisição com ágio** se dá perante pessoa que seja proprietária da participação societária (quando esta pode ter ganho de capital), pois **muitas vezes ela se dá em aumento de capital da própria pessoa jurídica à qual a participação se refere**, e novamente aqui a lei não distingue situações, colocando ambas dentro da hipótese fática descrita na norma contida nos referidos arts. 7º e 8º, o que, ressalte-se, foi exatamente o que ocorreu no caso concreto.

Em virtude disso, **esses artigos são aplicáveis até mesmo em casos nos quais o alienante da participação societária tenha tipo perda de capital**, desde que o adquirente tenha pago valor maior do que o patrimônio contábil.

Para que não haja qualquer dúvida a este respeito, lembre-se de que **o ganho ou perda de capital são calculados a partir do custo da participação societária para o alienante, enquanto o ágio ou deságio para o adquirente são calculados a partir do patrimônio líquido** da pessoa jurídica a que a participação se refere. Destarte, se o alienante não está obrigado ao MEP, seu custo pode ser maior do que o valor patrimonial e maior do que o preço da alienação, caso em que o alienante tem perda de capital e para o adquirente pode haver ágio. Outrossim, ainda que o alienante esteja sujeito ao MEP, ele ainda pode ter perda de capital, se tiver pago ágio na aquisição, e, inobstante isso, o adquirente também poderá apurar ágio.

Portanto, **não há qualquer elo entre ágio para a pessoa jurídica adquirente e ganho ou perda de capital para a pessoa física ou jurídica alienante**, o que foi muito bem abordado pela decisão em comento na medida que ignorou tal fato. (grifei)

Por todo o exposto, acertada a glosa da amortização de tal ágio interno, tanto do lucro real quanto da base de cálculo da CSLL.

Neste ponto, é oportuno anotar a evidente aproximação existente entre o IRPJ e a CSLL, notadamente quanto à apuração das respectivas bases de cálculo.

Dentro dos limites da matéria autuada, e sem a necessidade de maiores digressões, é preciso assinalar a vigência do artigo 28 da Lei nº 9.430/96, bem assim do artigo 57 da Lei nº 8.981/95.

A leitura dos dispositivos nos leva a concluir que a metodologia e as regras de apuração para o imposto de renda são aplicáveis ao cálculo da CSLL (o que se infere da dicção "mesmas normas de apuração") e que o preceptivo só perderia eficácia se houvesse norma específica, relativa à contribuição, em sentido diverso.

Não se trata, portanto, de integração por analogia, figura vedada pelo artigo 108 do CTN no que se refere à exigência de tributos. O que se tem, de fato, é a identidade, prevista em lei, quanto às sistemáticas de apuração da base de cálculo das duas figuras.

Também não se cuida de omissão, pois a lei expressamente configura a base de cálculo do tributo e a aproxima, por equivalência, às regras do IRPJ.

Ademais, no caso em tela, a constatação da artificialidade das despesas relativas ao ágio não nos permite aceitar, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL. Trata-se de questão ontológica e, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, é preciso declarar a pertinência do lançamento da CSLL na exata extensão em que reconhecida para o IRPJ.

A propósito do tema “ágio”, é útil anotar ser incabível falar em ausência de norma específica relativa à CSLL. Ainda que tal circunstância fosse observada, isso não autorizaria a sua dedutibilidade; ao revés, justamente impediria tal procedimento, pois, ao se defender a autonomia normativa da contribuição, o argumento automaticamente exigiria a previsão legal de dedutibilidade, posto que a regra geral, como se sabe, é em sentido contrário.

Quanto à penalidade imposta, a autoridade fiscal qualificou a multa de ofício, assim se referindo à conduta da recorrente:

Ora, não é de se imaginar que a AUDI DO BRASIL E CIA, em momento onde sequer estava produzindo veículos de sua marca na BUC Curitiba – objeto do contrato de SCP – tenha se sentado em uma mesa de negociações para questionar preços ou executar uma dura negociação em prol dos interesses de seu acionista. Mesmo que assim fosse, os interesses de seu acionista seriam exatamente iguais ao do acionista da outra parte, por serem os mesmos acionistas. Isso se evidencia pela já descrita representação das partes pelas mesmas pessoas.

A necessidade de haverem partes não relacionadas em uma operação de incorporação que gere ágio para conseqüente amortização já tem diversas decisões jurisprudenciais. Abaixo, exemplos de acórdãos proferidos pelo CARF em casos semelhantes.

(...)

Vistos todos os esclarecimentos transcritos neste relatório, resta qualificar a operação que, no entender desta autoridade fiscal, enquadra-se no conceito de simulação.

(...)

Considerando a situação de simulação já caracterizada no transcórrer deste relatório, resta realizar a contagem decadencial do prazo para que o lançamento possa ser efetuado por esta autoridade fiscal.

Decisões recentes provenientes das Delegacias Regionais de Julgamento da Receita Federal têm se orientado no sentido que, em casos de fraude, dolo ou

simulação, o prazo decadencial seja deslocado para o primeiro dia do ano seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, conforme os exemplos abaixo demonstrados.

Não vejo que reestruturações societárias para amortizar ágio, em regra, sejam aptas a produzirem os efeitos previstos nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/643, isto é, impedir ou a retardar o conhecimento da real ocorrência do fato gerador.

A começar, porque amortizações de ágio possuem linhas próprias na declaração entregue à Fazenda (à época dos fatos, a DIPJ), as quais, se devidamente preenchidas pelo contribuinte, permitem, por si só, a detecção do indício de irregularidade pela autoridade fiscal. Até porque são comuns os equívocos cometidos pelos contribuintes nas amortizações de ágio, sendo assim, a simples informação em DIPJ já é fator indiciante da irregularidade.

Diferente de planejamentos tributários artificiais e de difícil detecção – que demandam cruzamento de informações diluídas em fontes de dados diversas, sendo necessária uma denúncia ou a inteligência humana na atividade fiscal para serem indiciados –, amortizações de ágio, quando sem elementos adicionais na conduta, não possuem o efeito de “esconder” a ocorrência do fato gerador – o que se consegue em regra por meio de falsidade material, ideológica ou por meio de comportamento malicioso.

Não obstante o respeitável e minucioso procedimento acusatório desenvolvido, não se colhe dos autos, fora de dúvida razoável, que tenha havido dolo ou a má-fé na conduta da recorrente.

Ausente, por conseguinte, o elemento fático volitivo para o cometimento do ilícito tributário objeto da constatação fiscal.

Entendo que situações como a do caso em tela, quando muito, manifestam meros indício que, para atuarem na configuração de conduta dolosa, deveriam estar inseridos num contexto mais gravoso e que, com todas as dificuldades para tanto, houvessem sido inequivocamente demonstrados.

Simulação tem como pressuposto a deliberada vontade por determinado resultado de negócio ilícito que, por tal natureza, é encoberto por aparente negócio lícito. Aparente porque carente de substância material. Nesses casos, a intenção do agente é, simulando um negócio lícito, dissimular o ilícito, que precisa ser mantido como oculto.

No caso em tela, não cabe falar na existência de um negócio oculto. A infração tributária restou caracterizada no contexto de um negócio aparente. A indedutibilidade do ágio não foi ocultada, mas apenas inobservada pela recorrente. Ao contrário, o mero revolvimento dos atos praticados pelo sujeito passivo foi o que bastou para a acertada conclusão obtida pela autoridade fiscal.

Assim, o que sobressai dos autos é uma decisão de negócios que não se amolda aos fins tributários pretendidos.

É, contudo, forçoso reconhecer que a discussão sobre propósito negocial, no Brasil – forte na lição do professor Marco Aurélio Greco –, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como imponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

(...) é igualmente essencial invocar a solidariedade, a capacidade contributiva e a isonomia. (...) tributo justo será também aquele que, efetivamente, captar a capacidade contributiva demonstrada pelos fatos geradores escolhidos pelo legislador ou que atender aos princípios da solidariedade e da isonomia, e assim por diante.

Penso que essa posição deve ser vista com cautela, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países de tradição e formação jurídicas que não a brasileira.

Há respeitáveis indagações sobre, como, pela ótica da teoria do propósito negocial, um grupo econômico poderia se valer do incentivo de dedução do ágio – conferido pelo legislador, como já visto, pela via dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 - sem atuar como se perpetrando mero arranjo artificial.

De igual modo, questiona-se como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades.

Para notáveis operadores do Direito, excluir a possibilidade dessas pessoas jurídicas e propiciar a outras o favor fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível desempenhar a atividade empresária e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades sem restrições assim o poderiam.

Como se vê, o tema passa longe de ser pacífico. Por isso, a constatação da existência de um “ágio interno” não é o bastante para se afirmar dolo em sonegar. Mesmo em casos como o presente, em que, pela via do controle de legalidade estrito não restam dúvidas quanto ao cometimento da infração tributária.

Oportuno anotar que, no caso em tela, não houve artificialidade no registro do ágio interno. A questão é, em verdade, de incerteza quanto à sua substância econômica, e não de certeza quanto a uma má-fé. E é exatamente essa espécie de dúvida que leva a ciência contábil a rejeitar o registro do ágio interno em conformação aos princípios da Prudência e do Registo pelo Valor Original.

Tampouco, o artigo 20, § 3º, do Decreto-lei nº 1.598/1977, em sua redação à época dos fatos obrigava o sujeito passivo à elaboração de laudo contemporâneo aos fatos, exigência que só veio a se efetivar em 2014.

E mais: ainda que não se concorde com tal entendimento, é preciso admitir a existência de julgados isolados no Poder Judiciário que autorizam a amortização do ágio interno para fatos geradores anteriores à Lei nº 12.973/2014.

Diante deste quadro, é forçoso reconhecer a maior probabilidade de tratar o caso presente de erro nas apreciações jurídicas por parte da recorrente, quanto a seus procedimentos para a amortização do ágio, devendo-se, por conseguinte, afastar as acusações de fraude, conluio e simulação.

A este respeito, e com vistas a situações similares, este Tribunal administrativo vem afastando a multa qualificada, como ilustra a decisão assim ementada:

DA MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. O não reconhecimento pelo Fisco do ágio gerado em operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, com a consequente glosa de sua amortização, não enseja, por si só, a aplicação da multa qualificada, quando os atos praticados revelam interpretação equivocada por parte do contribuinte quanto à legislação de regência.

Ressalte-se que o presente entendimento se aplica somente no âmbito administrativo tributário, e em relação aos fatos e circunstâncias que transparecem dos autos em exame, sem interferência na apuração de eventual crime tributário, na forma em que pode ser proposta em representação fiscal para fins penais baseada nos mesmos fatos.

Assim, sou pelo afastamento da qualificação da multa, com sua consequente redução para o patamar base de 75%.

Frise-se que o afastamento da acusação de conduta dolosa repele a contagem do prazo decadencial pelo artigo 173, inciso I, do CTN, na forma em que operada pela autoridade fiscal e mantida pela decisão recorrida.

De tal modo, a contagem do interregno preclusivo contra o direito de a Fazenda efetuar o lançamento de ofício deve ser feita, no caso do p.p., pela regra contida no artigo 150, § 4º, daquele mesmo Código. Por tal regra, o prazo decadencial de cinco anos, para o período 2012, se inicia em 31/12/2012 e finda em 31/12/2017.

Disso resulta o afastamento, por decadência, do crédito tributário lançado com referência ao ano-calendário 2012.

Conclusão

Ante o exposto, voto por:

- NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, para manter a exoneração dos lançamentos referentes aos anos-calendário 2011 e 2013; e
- DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para, em razão da decadência, exonerar o lançamento referente ao ano-calendário 2012.

É como voto.

Assinado Digitalmente

José Eduardo Genero Serra

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Lucas Issa Halah

1. ÁGIO INTERNO

Abri divergência do Eminent Relator para consignar as razões pelas quais entendo que, no caso em comento, o registro do ágio interno era mandatário, sendo dedutível.

○ PREMISSAS TEÓRICAS SOBRE O ÁGIO.

A análise dos requisitos legais e dos *safe harbours* construídos pela jurisprudência e doutrina para delimitar as situações em que o aproveitamento fiscal do ágio seria ilegítimo foi feita de maneira lapidar pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Acórdão nº 9101-003.468.

O Conselheiro, de maneira bastante didática e sistematizada, elencou e classificou os principais elementos considerados como essenciais, úteis e irrelevantes para a avaliação da dedutibilidade fiscal do ágio em no máximo 1/60 avos ao mês.

A transcrição de tal escólio, embora seja longa, é valiosa por classificar com propriedade os elementos essenciais, distinguindo-os dos úteis e dos irrelevantes à dedutibilidade do ágio, fazendo-se útil no caso em questão.

“1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

A palavra “ágio” conduz à ideia de um sobrepreço que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro. O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras). No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia 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 da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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 um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

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 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.²

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*³.

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 surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou 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”.

No período que antecedeu a Lei n. 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*.⁴ 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 n. 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.⁵ 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 expôs 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 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.

II - 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

III - 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 nocalpital 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.

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 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 apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei 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*⁷. 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 fiscal, 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 ato⁸.

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*⁹:

“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 privadas 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.

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97, 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)¹⁰ e a validade do “ágio interno” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹¹.

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.

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. 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 adiante.

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. Demonstração da 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 tributária: 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.

O art. 20, §3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica

de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.¹²

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

Código Civil

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico poder ser provado mediante:

I - confissão;
II - documento; III -
testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meios jurídicos probatórios que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.¹³

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, devidamente demonstrada por todas as formas em Direito admitidas.

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

A Lei n. 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 TAKATA¹⁴, 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 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 obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, 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.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁵ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatária, apenas

sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁶

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.

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 (sic.) um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado 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 tributária¹⁷. 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 Lein. 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 acrescentados)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁸ 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 os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também expressou 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, 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 consequência 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.”¹⁹, 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 uma 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 financeiros 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 “*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 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”²⁰, 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*”²¹.

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 DIRPF²², 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 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 do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a **fórmula operacional 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).*
- *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”²³.

Essa **fórmula operacional básica** é bem descrita por LUCIANO AMARO²⁴, 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”²⁵.

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 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 OLIVEIRA²⁶, 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 procedimentos 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 com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁸, 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 destituiriam 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 uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

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 n. 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 consequências 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 constituíam *ágios internamente*, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do tributo, 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 LAVEZ²⁹, 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”.

Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973). 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 TAKATA³⁰, “*há ágios internos e ‘ágios internos’*”.

4.2.2. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.

A crescente complexidade dos negócios é naturalmente refletida na organização societária das empresas. Por isso, não se pode atribuir à complexidade de operações realizadas pelo contribuinte qualquer pré-conceito que resvale em “*ilegitimidade a priori*” para fins fiscais, bem como não se pode esperar ser possível enquadrar todas as inumeráveis variáveis dos mais diversos negócios jurídicos em apenas algumas poucas caixas hermeticamente fechadas a revisões conceituais. Na verdade, há na Constituição Federal garantia à liberdade auto-organização.

Como o particular possui liberdade de auto-organização, decorrente imediatamente do princípio da livre iniciativa, reestruturações societárias realizadas no âmbito da empresa investidora ou em suas controladas/coligadas (investida) são plenamente possíveis. Se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir.

A inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas passou, então, a ser considerada como um *safe harbour* em acórdãos do CARF. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio:

“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”

(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.

4.2.3. 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

tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³¹, 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”.

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

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 n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³² 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 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. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para 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”³³.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula*

operacional básica prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

- 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.³⁴

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. **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, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.³⁵ classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

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.

De início, não se pode jamais perder de vista que, 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 POLIZELLI³⁶: “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”.

Além disso, 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 enfrentar esse teste fatal.**

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

1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: 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) A utilização de empresa-veículo faz 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.

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 constitucionais³⁷ 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 Federal³⁸. Como observa EROS ROBERTO GRAU³⁹, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁰, 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 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).⁴¹ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴².

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*.⁴³ TULLIO ROSEMBUJ⁴⁴ 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 clientela⁴⁵.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁴⁶, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot*, de

1776) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁴⁷ já apontava que: “*El 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 JÚNIOR⁴⁸, 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 intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com 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.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁴⁹. 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.

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

à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após 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 três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

“Empresa A”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“Empresa C”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

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.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

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-se 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 BARRETO⁵⁰, 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 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.⁵¹ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵² 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 adiante), 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 de 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.

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de reger de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida¹ (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

¹ 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.

Não me parece ter sido a intenção manifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem vedar (nem mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014) a reorganização e segregação de ativos partir de sua alocação em sociedades (ainda que intermediárias) por meio de mecanismos societários variados (e.g. cisão parcial ou mera constituição com conferência dos ativos a título de integralização ou aumento de capital).

Tampouco se exige propósito comercial extrafiscal na eleição pelas partes da forma por meio da qual será realizada a aquisição do bem desejado, nem mesmo se exige a existência de substância econômica operacional em sociedades intermediárias usualmente alcunhadas de “veículo”.

A legislação apenas exigiu a *união não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

Assim, não encontram respaldo no direito Brasileiro as teorias estrangeiras, como a teoria do propósito comercial e da substância econômica². Ademais, admitir tais figuras implica ampla indeterminação legal e conseqüentemente a transferência, para a administração tributária, do papel de suprir tal indeterminação, violando a separação entre os Poderes, a segurança jurídica, e a legalidade material escorada no art. 150, I da Constituição Federal³.

Nesse sentido, partilho das considerações expostas pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no julgamento do Acórdão nº 1201-006.328, que a seguir transcrevo:

“Considerando que o sistema jurídico tributário brasileiro tem como premissa a segurança jurídica, é fundamental que os contribuintes possuam uma previsibilidade acerca das conseqüências dos atos que serão praticados para que eles possam decidir por fazê-los ou não diante de tais conseqüências.

Uma das principais faces da segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário se dá com base no princípio da legalidade, por meio do qual toda e qualquer tributação dependerá de previsão legal, assim como as proibições a determinados comportamentos devem ser expressas.

² “Essas considerações demonstram que as regras comportamentais constitutivas da legalidade não podem ser simplesmente afastadas por princípios ou finalidades estatais relativas ao aumento da arrecadação. Só o Poder Legislativo pode votar uma lei, sendo vedado a qualquer outro Poder o exercício dessa função⁷. Só a lei pode instituir ou aumentar tributo, sendo a lei o ato normativo aprovado de acordo com o procedimento legislativo. Sendo assim, não se pode aceitar que razões fiscais, mesmo que bem fundamentadas, venham a superar a razão para obedecer às regras.” Cf. ÁVILA, Humberto. “Legalidade tributária multidimensional”. In FERRAZ, Roberto. (Coord.). Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-291.

³ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária material: conteúdo, critérios e medida do dever de determinação. 2.ED. São Paulo: Malheiros, 2023.

No âmbito do Direito Tributário, já houve tentativas de se estabelecer uma norma geral anti elisiva, no entanto, até hoje esta norma não foi instituída. Nessa linha, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (incluído pela Lei Complementar n. 104/01), trouxe apenas uma norma anti dissimulação e ainda expressa previsão legal de que tal norma será regulamentada, o que não veio a acontecer.

Muito pelo contrário, já houve tentativa de regulamentação tanto na Medida Provisória n. 66/02, quanto pela Medida Provisória n. 685/15, mas em ambas as situações o Congresso Nacional rejeitou explicitamente essa regulamentação, por mais que ambas as medidas provisórias tenham sido convertidas em lei ordinária.

Assim, teorias estrangeiras de combate aos planejamentos tributários como propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito, consideração econômica, dentre outras, permanecem alienígenas em relação ao nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Com fundamento na premissa da segurança jurídica, cabe ao contribuinte verificar a legalidade ou ilegalidade de uma determinada situação jurídica a ser por ele praticada.

Dessa forma, entendo que aos julgadores de um processo administrativo ou judicial caberia a análise tão somente se os atos praticados pelo contribuinte estão de acordo ou contrários à lei.

Aliás, nessas premissas se alicerçaram o julgamento do Superior Tribunal de Justiça quando julgou a validade do ágio interno anteriormente à Lei 12.793/2014:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Com efeito, na oportunidade, consignou o relator em seu voto:

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...)."

Estabelecemos, portanto, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

Firmadas estas premissas, demonstraremos que a autuação somente poderia, em tese, amparar-se na acusação de simulação, cuja presença no caso em tela já foi afastada pelo eminente relator ao afastar a qualificação da multa de ofício.

○ ÁGIO INTERNO

A tese fiscal parte da premissa da excepcionalidade da dedução das contrapartidas de amortização do ágio, que, como regra, somente poderia ser aproveitado fiscalmente como fator de incremento do custo contábil no momento da alienação, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

Também parte do pressuposto de que só há ágio se o sobrepreço decorrer de negócio comutativo entre partes independentes, no qual o adquirente suporte o ônus econômico da operação na qual se adquiriu a participação com ágio.

Um primeiro ponto importante a ser lembrado é que a lei tributária, de maneira independente da contabilidade (especificamente o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598), ao determinar

o desdobramento do custo de aquisição, não faz nenhuma distinção a se a aquisição é de uma sociedade parte do grupo econômico ou não.

Dessa maneira, seguindo o comando do artigo 20 do decreto-lei 1.598/77, ainda que se trate de ágio interno, sob a regência do decreto-lei 1.598/77, a *sociedade adquirente está obrigada considerar o ágio* no desdobramento do custo de aquisição, pois o art. 20, tanto na redação anterior quanto na posterior à Lei nº 12.973/14, estabelece um **dever** do contribuinte:

~~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:~~

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

Da mesma maneira, o artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura assim dispõe:

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: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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 apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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.

Desta forma, a legislação permitiu a dedução fiscal no balanço da sucessora sem limitar a dedução do ágio interno, estabelecendo a obrigatoriedade do desdobramento do custo de aquisição em elementos dentre os quais se inclui o ágio.

Ainda, o art. 8º da Lei 9.532/97 afirma que a dedutibilidade fiscal do ágio aplica-se, inclusive, nos casos em que: (i) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido e (ii) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária, autorizando a dedução a partir da incorporação reversa.

Ora, a realização de operações societárias que impliquem na geração de ágio ocorre tanto entre sociedades independentes quanto entre sociedades ligadas, sendo que a relação entre as sociedades não foi eleita como critério de *distinguishing* pelo legislador tributário. Assim, descabe limitar o alcance do termo “aquisição” às operações entre partes independentes, notadamente considerando que as mesmas operações de compra e venda de bens entre partes dependentes são consideradas “aquisição” para fins de incidência dos próprios IRPJ e CSLL, bem como do PIS e da COFINS, inexistindo hipótese de exclusão da correspondente receita tão somente por ter nascido em operação entre partes dependentes, nem tampouco legislação interna de controle de “preços de transferência” para tais tributos.

Além disso, não se pode condenar a priori qualquer ágio gerado em relação entre partes relacionada. A Doutrina traz exemplos nos quais operações entre partes relacionadas precisem ser feitas a valor real de mercado, apurando-se ágio.

Nesse sentido Marcos Shigueo Takata traz vários exemplos em que a proteção a minoritários justifica a escrituração de ágio interno:

“14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, 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 sob o aspecto jurídico-tributário. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou “prima” (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta que ele deve ser avaliado pelo MEP. Tal aquisição é feita pela controlada de minoritários da outra controlada. Nessa operação pode ser gerado ágio. Há justificativa ou efetividade econômica nesse ágio. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob a esfera tributária.

14.2. Mais. Conjecture-se que o negócio entre duas controladas, como descrito acima, seja de aquisição integral das ações da outra controlada, i.e., seja uma incorporação de ações. Na medida em que a controlada que tem suas ações incorporadas possuam minoritários que não sejam os mesmos da controladora (que é de ambas), aqui também pode ser gerado ágio. Este ágio tem significado ou justificativa econômica. É caso de ágio interno real ou com causa,

nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário (...)14.3. Cogite-se de uma pessoa jurídica que resolva incorporar as ações de uma controlada. Esta possui minoritários (outros acionistas que não do grupo). Também aqui, se a investida vale mais que seu valor contábil (e, quiçá, que o valor justo líquido de seus ativos), 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 econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos novos acionistas da incorporadora de ações (antigos acionistas da que teve as ações incorporadas) – leia-se, aos minoritários, diretos ou indiretos. (...) É inegável que esse ágio tem causa, é efetivo ou real, sob o aspecto jurídico-tributário” .

Ricardo Mariz de Oliveira, segue na mesma linha, trazendo exemplo distinto:

“Porém, há, sim, situações em que se justifica ágio dentro de um grupo de empresas, como, por exemplo, e em tese, quando uma pessoa jurídica subscreva capital de outra cujo controlador seja a mesma pessoa física ou jurídica que a controle, mas cujas pessoas jurídicas (a que aumenta o capital e a que o subscreva) tenham acionistas minoritários distintos entre elas, hipótese que ocorre comumente quando se trata de companhias abertas” .

Das lições de Edmar de Oliveira Andrade Filho, podemos ainda extrair conclusões interessantes sobre a validade do ágio interno.

“As leis tributárias devotam especial atenção às operações realizadas por sujeito passivo com pessoas ligadas (art. 465 do RIR/99) ou partes relacionadas. O espectro significativo destas expressões é amplo e variado; são consideradas pessoas ligadas às sociedades coligadas (art. 243, §1º, da Lei n. 6.404/76) ou controladas (§2º) e também as pessoas que, por determinação legal, sejam consideradas “interdependentes”, interligadas” ou vinculadas”

“As partes relacionadas podem fazer o que a lei não proíbe, ou não fazê-lo nas mesmas condições que contrariariam com terceiros independentes; as pessoas jurídicas são distintas das pessoas físicas são distintas das pessoas dos sócios, cabendo unicamente à lei restringir a densidade normativa deste princípio jurídico. As citadas normas de bloqueio existem para eliminar os efeitos das operações realizadas fora do âmbito do princípio da equidade ou do ‘dealing at arms length’”⁴

O autor, portanto, confirma inexistir vedação ao ágio interno, sendo que o fator relevante é ao fim e ao cabo a averiguação da artificialidade das operações. Adverte o autor:

“a menos que o ágio não seja fruto de uma operação legítima (sincera e devidamente documentada), não cabe às autoridades fiscais contestar a sua

⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 49 s 51.

existência e os respectivos efeitos, salvo em caso de fraude, sonegação ou conluio”⁵

Portanto, não há vedação ao registro do ágio interno para fins fiscais, há, pelo contrário, a obrigação de seu registro e consideração para fins fiscais. Apenas para ágios internos formados a partir de 2014, impõe-se a vedação ao seu aproveitamento.

No caso em questão, a aquisição que deu causa ao ágio foi concluída em 2008, remanescendo sujeita às normas fiscais previstas no Decreto-lei nº 1.598/77, pois a despeito da incorporação dos padrões internacionais de contabilidade ao Direito Brasileiro, promovida pela Lei nº 11.638/2007, os efeitos fiscais das alterações dos padrões contábeis remanesceram neutros no Regime Tributário de Transição do qual trata a lei 11.941/2009, até a efetiva entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014.

Vejam os arts. 16 e 17 da Lei nº 11.941/09:

“Art. 16. **As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638**, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei **que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas** computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, **não terão efeitos para fins de apuração do lucro real** da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007. (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e pelos demais órgãos reguladores que visem a alinhar a legislação específica com os padrões internacionais de contabilidade.

Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, **a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:** (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I – utilizar os métodos e critérios definidos pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para apurar o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda, referido no inciso V do caput do art. 187 dessa Lei, deduzido das participações de que trata o inciso VI do caput do mesmo artigo, **com a adoção:**

⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 380 a 382.

a) dos métodos e critérios introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei; e

b) das determinações constantes das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no caso de companhias abertas e outras que optem pela sua observância;

II – realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período, apurado nos termos do inciso I do caput deste artigo, no Livro de Apuração do Lucro Real, inclusive com observância do disposto no § 2º deste artigo, que revertam o efeito da utilização de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, nos termos do art. 16 desta Lei; e

III – realizar os demais ajustes, no Livro de Apuração do Lucro Real, de adição, exclusão e compensação, prescritos ou autorizados pela legislação tributária, para apuração da base de cálculo do imposto.

§ 1º Na hipótese de ajustes temporários do imposto, realizados na vigência do RTT e decorrentes de fatos ocorridos nesse período, que impliquem ajustes em períodos subsequentes, permanece:

I – a obrigação de adições relativas a exclusões temporárias; e

II – a possibilidade de exclusões relativas a adições temporárias.

Assim, a separação entre tributação e contabilidade foi mantida durante o período de vigência do RTT, razão pela qual as normas contábeis emitidas pelos órgãos competentes, dentre os quais se encontra a CVM, ainda que rechaçassem o registro do ágio interno, seriam neste aspecto irrelevantes para a obrigatoriedade de registro e dedução fiscal do ágio amortizado.

Este é o cenário normativo que entendo aplicável às operações em comento, dado que a aquisição que motivou o registro do ágio nos termos preconizados pelo Decreto-lei nº 1.598/77 ocorreu ainda no ano de 2008.

Devemos lembrar também que a adoção dos padrões internacionais de contabilidade traz color especial às discussões envolvendo ágios formados a partir da vigência da Lei nº 12.973/14, e o debate torna-se ainda mais interessante e relevante devido ao recorrente uso da redação de tais normas contábeis para rechaçar a validade do ágio interno, mesmo em operações albergadas pela neutralidade fiscal vigente durante o Regime Tributário de Transição, pois o que ao fim e ao cabo busca-se defender sob essa vertente, é que a geração de ágio se prestaria a mascarar a ocorrência de simples reavaliação de ativos.

Sob a ótica contábil, a leitura descontextualizada do CPC 02 pode trazer alguma neblina sobre o tema. Na contabilidade, muitas vezes as demonstrações financeiras são consolidadas, ou seja, consolida-se as demonstrações financeiras dos vários CNPJs que compõem uma entidade, a qual pode coincidir com o grupo econômico. Dessa forma, cada pessoa jurídica do

grupo econômico terá suas demonstrações individuais, e o grupo como um todo, que pode ou não ter registro de grupo econômico conforme facultado pelo art. 269 da lei nº 6.404/67, apresentará demonstrações consolidadas ao mercado.

Sob a ótica das demonstrações consolidadas, os recursos que transitam entre pessoas jurídicas deste grupo acabam não gerando reflexos para essa entidade *supra-CNPJ*, por isso não faz sentido registrar ágio formado em relações entre partes dependentes. Essa é a realidade para a qual as normas contábeis internacionais foram pensadas, razão pela qual a maior parte dos países que adotou o padrão IFRS adotou essas normas somente para as demonstrações consolidadas, mas não para as demonstrações individuais.

No Brasil, a despeito da adoção do padrão IFRS, se utiliza, sobretudo para fins tributários, somente as demonstrações individuais, de maneira que o registro do ágio interno não é indiferente.

Consequentemente temos normas que muitas vezes estão desenhadas para demonstrações consolidadas, mas que *a priori* devem ser aplicadas para as demonstrações individuais, considerando a norma específica de combinação de negócios (CPC 15⁶), em cujo “Alcance” consta a ressalva de que ela não se aplica para as negociações entre partes sob controle comum, justamente porque foi cunhada para esse cenário de demonstrações consolidadas.

Diante disso temos de interpretar as normas contábeis para criar nossa própria política contábil, sendo sua fiscalização atribuída à CVM no âmbito das companhias abertas.

Nesse cenário, algumas entidades registram transações entre partes dependentes pelo custo sem registro de ágio, havendo quem entenda, por outro lado, que a melhor forma de evidenciação demanda a aplicação do CPC 15 e registrando o ágio contrariamente ao que prevê o item 50 do CPC 02.

É uma questão controversa. No âmbito internacional, o IASB está discutindo soluções e propondo normas sobre as “Business Combinations under Common Control” (BUCC), sem ter solucionado ainda a questão.

No Brasil, a CVM já foi instada a julgar a questão, entendendo que as normas contábeis **não vedariam o registro do ágio**, mas, pelo contrário, deveriam ser interpretadas conforme o contexto de sua criação, ou seja, sob a ótica das preocupações válidas para países onde se faz demonstrações individuais.

No caso Mahle Metal Leve, por exemplo, a CVM concordou que o registro do ágio interno seria necessário, sobretudo para proteger o interesse de sócios minoritários, pois a transação se dava entre sociedades que, embora dependentes, não sofriam influência dos resultados da outra, mas passaram a tê-lo a partir da operação que gerou o ágio, evidenciação que

⁶ “2. Este Pronunciamento é aplicável às operações ou a outros eventos que atendam à definição de combinação de negócios. Este Pronunciamento não se aplica: (...) (c) em combinação de entidades ou negócios sob controle comum (os itens B1 a B4 contêm orientações adicionais).”

é ainda mais relevante caso as sociedades tenham sócios minoritários que potencialmente seriam afetados pela informação.

Eis uma síntese, sem o mesmo brilhantismo, das considerações tecidas pelo Professor Alexandre Evaristo Pinto em sua Declaração de Voto no Acórdão nº 1201-007.048, na qual o então conselheiro também endereça as frequentes alusões à posição ultrapassada de Eliseu Martins, pela qual o ágio interno não deveria ser contabilizado, esclarecendo que o autor, em trabalho superveniente, esclareceu o contexto das opiniões então exaradas, limitando a aplicabilidade daquelas conclusões a uma proposição *de lege ferenda*.

“Ágio interno: existência na contabilidade, precedentes da CVM e IFRS

Uma das questões mais interessantes relativas ao chamado ágio interno diz respeito à sua existência ou não segundo a Contabilidade.

Em primeiro lugar, cumpre notar que as demonstrações financeiras podem ser individuais ou consolidadas. A apuração do IRPJ e da CSLL é feita a partir das demonstrações financeiras individuais, ainda que na redação original do Decreto-Lei n. 1.598/77 até houvesse previsão de tributação em conjunto de grupo econômico, no entanto, tal previsão foi revogada antes mesmo que produzisse efeitos.

No âmbito da normatização contábil, é comum que as normas contábeis sejam elaboradas tendo como premissa a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas. Tal premissa tem a sua razão de ser, uma vez que as normas contábeis geralmente se destinam a garantir uma padronização na evidenciação da situação econômica e financeira de uma entidade aos seus usuários externos, sobretudo investidores e credores.

Desse modo, faz todo sentido que as demonstrações financeiras sejam transparentes e demonstrem a situação consolidada de todo o grupo econômico e não apenas a situação patrimonial da entidade controladora que é a sociedade de capital aberto.

As normas contábeis internacionais (padrão IFRS) foram desenvolvidas tendo por fundamento as demonstrações financeiras consolidadas e a maior parte dos países adotou o padrão IFRS tão somente para as demonstrações consolidadas, de forma que as demonstrações individuais permaneceram seguindo os padrões locais, inclusive para fins de tributação da renda.

No Brasil, adotou-se o padrão IFRS tanto para as demonstrações consolidadas quanto para as demonstrações individuais. Como decorrência da adoção do padrão IFRS nas demonstrações individuais, surgem diferentes desafios relativos à tributação da renda.

Sob a ótica de uma demonstração financeira consolidada, as operações intragrupo acabam sendo anuladas, de forma que uma eventual aquisição de participação

societária entre duas empresas do mesmo grupo acabam sendo anuladas quando demonstradas (evidenciadas) nas demonstrações consolidadas. O mesmo não se pode dizer das demonstrações individuais, que são utilizadas para fins de tributação.

Cabe mencionar que receitas oriundas de operações intragrupo não são demonstradas nos relatórios financeiros consolidados, mas ainda assim tais receitas (ora como receitas, ora como parte do lucro tributável, ora como base de venda de produtos, mercadorias ou serviços) são tributadas para fins de PIS, COFINS, IRPJ, CSLL, IPI, ICMS e ISS, uma vez que a tributação se dá no âmbito da pessoa jurídica, isto é, não há tributação no nível do grupo econômico.

Dessa forma, a partir da premissa das demonstrações consolidadas surgem posições abalizadas da doutrina sobre a inexistência de ágio em operações entre partes dependentes. Talvez o mais citados dos estudos sobre o tema seja o artigo “A Incorporação Reversa com Ágio gerado Internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade”, escrito pelo então doutorando Jorge Vieira da Costa Junior e pelo professor Eliseu Martins, artigo apresentado ao Congresso USP de Contabilidade e Controladoria.

Os seguintes trechos do referido artigo merecem ser citados:

“Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

(...)O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também”⁷

Conforme se observa, os referidos autores pontuam que à luz da teoria da contabilidade não haveria registro de ágio interno e tampouco lucro de operações entre partes de um mesmo grupo econômico.

É curioso notar que o referido artigo acadêmico é interpretado de forma a não validar a dedutibilidade do ágio interna, mas se permanece tributando o lucro em demonstrações financeiras individuais de operações entre partes relacionadas.

As ideias contidas no artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins foram, de certa forma, repetidas no Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n. 01/2007, que trazia as seguintes disposições:

⁷ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

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

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

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

Mais uma vez, o documento feito pela CVM ressalta uma análise do ponto de vista econômico, sendo que há a afirmação expressa de que “essas operações atendam integralmente os requisitos societários” e “ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto)”, o que demonstra por si só que houve o cumprimento dos requisitos normativos de cunho societário.

Feitas estas considerações iniciais, torna-se relevante trazer outros trechos do artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins, conforme segue:

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha comercial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço⁸.

Como se nota, a formação do ágio pressupõe uma negociação não viciada entre partes. Assim, é possível depreender do referido trecho que desde que cumpridos os requisitos de uma negociação a mercado entre as partes, poderia haver conceitualmente a geração de um ágio, ainda que se desse entre partes relacionadas. O que não gera ágio é um processo comercial viciado.

Indo para as conclusões do artigo acadêmico de Jorge Vieira e Eliseu Martins, trazemos o seguinte trecho para leitura:

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada⁹.

Mais uma vez, é trazida a questão de não faria sentido econômico um ágio interno, no entanto, o artigo conclui que: “entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à

⁸ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

⁹ COSTA JÚNIOR, Jorge Vieira; e MARTINS, Eliseu. A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>

operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal”. Logo, há respaldo legal para tal operação, que acaba por dar respaldo econômico. Vale notar que o artigo é da época em que vigia o artigo 36 da Lei n. 10.637/02.

Outro ponto importante do trecho é que o artigo expressamente se propõe a mais apontar uma situação problemática (na visão dos autores) a ser corrigida “de lege ferenda”, do que concluir que o ágio interno é vedado pela legislação brasileira, de forma que há menção explícita da legalidade do ágio interno. O artigo acadêmico possui um tom de alerta ao legislador tanto é assim que há o trecho: “a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria”.

Após a edição de diversos precedentes em que este artigo acadêmico foi citado, Eliseu Martins escreveu um novo artigo, desta vez ao lado de Sérgio de Ludícius, ressaltando alguns pontos, dentre os quais: (i) o artigo tinha a pretensão acadêmica de provocar os normatizadores; (ii) quem registrou ágio interno na época estava agindo de acordo com as normas contábeis vigentes; e (iii) há ágios internos com substância econômica. Merecem ser citados os seguintes trechos:

“o inconformismo dos autores a esse respeito se dava à luz não de estarem as empresas descumprindo normas contábeis vigentes; exatamente pelo contrário: as normas em vigor, na sua visão, permitiam o que eles não consideravam como o melhor para a informação contábil brasileira.

(...)

Mas não podemos deixar de reconhecer que, do ponto de vista normativo, nada impedia, pelo contrário, era-se obrigado a reconhecer esses resultados até a efetiva entrada em vigência da ICPC 09. E como contrapartida desse reconhecimento tem-se o registro, na adquirente, pelo valor total referente à transação. Desde, é claro, que tais valores tenham substância econômica”¹⁰.

Este novo artigo surge em resposta ao uso equivocado na visão do Professor Eliseu Martins do artigo acadêmico anterior que, de algum modo, estava sendo interpretado “em tiras” como se a legislação proibisse o ágio interno.

Mais uma vez, voltamos aquele ponto de que há ágios e ágios. Tanto é assim que a própria Diretoria da Comissão de Valores Mobiliários já validou alguns ágios decorrentes operações entre partes dependentes que foram registrados em demonstrações financeiras.

¹⁰ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio Interno – É um mito?. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 4o volume. São Paulo: Dialética, 2013. p. 83-103.

A título de ilustração, em decisão proferida em 2011, no âmbito do processo administrativo CVM nº RJ 2010/16665, de relatoria do Diretor Otávio Yazbek, a CVM julgou o recurso interposto pela Mahle Metal Leve S.A. contra entendimento da área técnica acerca do tratamento contábil do ágio decorrente de reorganização societária envolvendo sociedades sob controle comum.

Para um melhor entendimento da questão, torna-se fundamental uma breve descrição do caso.

Em 27 de setembro de 2010, a Mahle protocolou consulta a respeito do tratamento contábil a ser dado a ágio por expectativa de rentabilidade futura decorrente de reorganização societária envolvendo entidades do "Grupo Mahle".

No caso em tela, a Mahle Metal Leve S.A. adquiriu a totalidade das quotas da Mahle Participações Ltda. (ambas as sociedades controladas pela sociedade alemã Mahle Industriebeteiligungen GmbH), sendo que a Mahle Participações Ltda incorporou uma terceira empresa do grupo: a Mahle Componentes de Motores do Brasil Ltda.

A avaliação econômica das cotas da Mahle Participações Ltda foi efetuada por dois avaliadores independentes e a operação de incorporação da Mahle Componentes de Motores do Brasil Ltda foi deliberada em assembléia geral extraordinária, exclusivamente pelos acionistas não controladores.

Considerando que a reorganização foi negociada e submetida à aprovação dos acionistas minoritários, a Mahle Metal Leve S.A. entende que o ágio gerado na aquisição da Mahle Participações Ltda poderia ser considerado como resultante de uma transação realizada entre partes independentes, sendo passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

A Superintendência de Normas Contábeis e Auditoria (SNC) se manifestou nos memorandos SNC/GNC/Nº037/10 e SNC/GNC/Nº045/10 no sentido de que a transação supracitada foi efetuada entre partes relacionadas, pelo que não teria havido "geração de riqueza", de forma que o não exercício do poder de voto do controlador na aprovação da reorganização não pode ser considerado suficiente para caracterizar a transação como "arm's length" e, conseqüentemente, autorizar o reconhecimento do ágio.

A Superintendência de Relações com Empresas (SEP) comunicou o entendimento da SNC por meio do Ofício/CVM/SEP/GEA-5/Nº002/2011, sendo que a Mahle Metal Leve S.A. apresentou recurso reiterando os mesmos argumentos apresentados anteriormente.

O diretor relator Otávio Yazbek assinalou que embora o CPC 15 não seja aplicável em caso de combinações de negócios sob controle comum, também é importante que seja reconhecido que tal não aplicação do CPC 15 decorre do fato que tal norma foi elaborada pensando-se no âmbito das demonstrações financeiras consolidadas.

Assim, entendeu-se que deverá ser observado “in casu” se estão presentes as características que, em operações realizadas intragrupo, usualmente impedem o reconhecimento de ágio.

A título de exemplo, não seria possível reconhecer o ágio naquelas operações justamente em que não há nenhuma verdadeira alteração patrimonial no âmbito das demonstrações consolidadas.

Todavia, no voto, foi considerado que no caso em tela, a discussão diz respeito ao reconhecimento do ágio nas demonstrações financeiras (individuais) da Mahle Metal Leve S.A., sendo que houve inequívoco ganho patrimonial decorrente da operação, uma vez que a Mahle Metal Leve S.A. recebeu em decorrência da operação um ativo que ela não possuía antes, isto é, ela não detinha os potenciais lucros futuros da Mahle Participações Ltda.

Ademais, a partir de uma interpretação do conceito de partes relacionadas presente no Pronunciamento Técnico CPC 05, que trata da divulgação de partes relacionadas, a deliberação tomada pelos minoritários pode ser entendida como uma relação entre partes independentes, além de legitimar a operação.

Nessa linha, os acionistas minoritários poderiam ser considerados como terceiros em relação ao grupo societário e deliberariam em função de um interesse econômico próprio.

Diante do exposto, a CVM reconheceu a possibilidade de reconhecimento de ágio e a respectiva aplicação do Pronunciamento Contábil CPC 15, uma vez que existe ganho patrimonial na Mahle Metal Leve S.A., que não poderia deixar de ser reconhecido, já que as partes que deliberaram e aprovaram a operação podem ser consideradas independentes.

Tendo em vista o exposto, o preconceito contra o ágio de operações entre partes dependentes cai por terra quando se verifica a validação de um caso pela CVM, sendo que o eventual não registro do ágio interno pode causar prejuízos diretos aos acionistas minoritários.

Por fim, outra questão interessante é a seguinte.

No âmbito da Contabilidade não há nenhuma norma contábil dispendo sobre o tratamento tributário em operações de combinações de negócios sob o controle comum. Em outras palavras, não há norma que trate do registro contábil das aquisições de participação societária intragrupo.

Diante de uma lacuna normativa, cabe ao preparador da demonstração contábil construir a sua política contábil e desenvolver a sua norma contábil de modo a refletir de maneira fidedigna aquela transação econômica.

Em situação tal qual a julgada pela CVM no caso Mahle, não tenho dúvidas de que a melhor forma de demonstrar aquela operação é exatamente registrar eventual ágio ou ganho por compra vantajosa.

A discussão tem se tornado tão relevante que o órgão que normativa a contabilidade internacional, isto é, o IASB tem discutido minutas de normas com a temática do “Business Combinations under Common Control” (BUCC), de forma que nos próximos anos podemos ter uma norma contábil expressamente prevendo o registro do ágio interno.

Isso não significa que a porteira esteja aberta. Somente haverá registro de ágio em tais operações quando houver substância econômica, de modo que as autoridades regulatórias poderão não concordar com o registro de alguns ágios e exigir a republicação das demonstrações financeiras, tal qual a CVM poderá fazer com relação às companhias por ela reguladas.”

Mas mesmo sob a regência da Lei nº 12.973/14, independentemente do tratamento contábil, entendo mandatário o registro do ágio interno como decorrência da própria lei tributária. Ocorre que mesmo na redação alterada do Decreto-lei nº 1.597/77, o texto legal comanda o desdobramento do custo de aquisição em três diferentes blocos (valor proporcional do patrimônio líquido, mais ou menos valia de ativos e goodwill), ***inexistindo dispensa de desdobramento de custo de aquisição quando a aquisição de participação societária se der entre partes dependentes***. Vejamos:

“Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido **deverá**, por ocasião da aquisição da participação, **desdobrar o custo de aquisição** em:

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.”
(g.n.)

A vedação trazida pela Lei nº 12.973/14 envolve tão somente a exclusão do goodwill gerado em aquisição entre partes dependentes, **mas não impede o registro do ágio** como resultado do desdobramento do custo de aquisição, que não mais se amortiza contabilmente sob os novos padrões contábeis, afetando o lucro real mediante exclusão.

Portanto, tanto no cenário anterior quanto no posterior à vigência da Lei nº 12.973/14, existe uma obrigatoriedade de desdobramento do custo de aquisição considerando o ágio por rentabilidade futura.

Por fim, vale mencionar que hoje é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de justiça acerca da dedutibilidade do ágio interno, entendimento este bem explanado no REsp 2.026.473:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da ineditabilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)" (g.n.)

Desta feita, o caráter interno do ágio não impede por si só a glosa, razão pela qual, afastada a simulação no caso concreto pelo próprio relator, a glosa deve ser afastada.

○ APURAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DOS GANHOS DE CAPITAL COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO

O Relator bem consigna que a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária independe do tratamento tributário de tal sobrepreço na perspectiva do vendedor, posição consentânea com a premissa que firmamos, pela qual a apuração e efetiva tributação de ganhos de capital não é elemento essencial, mas corrobora a higidez de operações geradoras de ágio.

Trata-se de análise útil nos casos de ágio decorrente de aquisição de participações entre partes dependentes, sendo que a utilização de estruturas que impeçam ou provoquem o diferimento da tributação de ganhos de capital, ao mesmo tempo em que se gera ágio, recorrentemente apontada como indicativa de simulação.

Por outro lado, ainda que o ágio ocorra em uma operação entre partes dependentes, havendo a tributação do sobrepreço auferido pelo alienante a título de ganho de capital, não há que se falar em qualquer caráter de fraude, dolo ou simulação, pois seria ilógico sustentar haver planejamento tributário abusivo em que o vendedor paga uma alíquota combinada de 34% de IRPJ e CSLL sobre os ganhos de capital para que o adquirente da participação tenha, só após a união entre a investidora e a investida, a dedução parcelada ao longo de no mínimo 5 anos de uma quantia via de regra equivalente.

Como consequência de tal raciocínio, havendo a comprovação do pagamento de tributo sobre o ganho de capital do vendedor, estará demonstrado por si só o caráter lícito da operação.

No caso em tela, o ganho foi verificado na Alemanha pela Audi AG, sendo inconteste que houve pagamento do preço a ela remetido do Brasil mediante contrato de câmbio, conforme excerto de fls. 4320 do TVF:

“Quanto a ocorrência de efetivo pagamento, não paira dúvida sobre a ocorrência dos mesmos. O contribuinte juntou ao processo as fls. 254/267 cópia dos contratos de transferência financeira para o exterior que atestam o envio de US\$ 136.759.472,47 (cento e trinta e seis milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e setenta e dois dólares estadunidenses e quarenta e sete centavos), com valor correspondente em reais de R\$ 327.000.000,00 (trezentos e vinte e sete milhões de reais). “

A troca de uma dedução equivalente a 34% por uma tributação de 15% mencionada pelo Relator não me parece favorecer o contribuinte no caso concreto sob análise, pois enquanto a alíquota de 34% incide sobre o ágio para determinar o valor do imposto reduzido com cada uma das 60 quotas de amortização, o imposto de renda retido na fonte por conta do pagamento do preço via contrato de câmbio à Audi AG incide à alíquota de **15% sobre o montante bruto remetido** e, *a priori* — pois não há acusação neste sentido —, não dispensa o pagamento de eventuais ganhos de capital apurados pela Audi AG na Alemanha, corroborando que, a prevalecer a visão do Relator, estar-se ia condenando um verdadeiro “antiplanejamento” tributário.

Este elemento corrobora, portanto, a realidade da operação que a distingue dos ágios internos simulados, este sim condenáveis.

- AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Relativamente à CSLL, penso que a dedutibilidade também se encontra assegurada pela legislação, sob a especial fundamentação de que as limitações à dedutibilidade do ágio

existentes relativamente ao IRPJ não se aplicam à CSLL, inexistindo, por outro lado, qualquer previsão para a respectiva adição.

A CSLL foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 7.689/88 em tão astuta quanto maquiavélica manobra política visando a segregar parte da arrecadação federal de maneira tal que não fosse repartida com os demais entes federados (Art. 159 da Constituição Federal). Reduziu-se a alíquota do IRPJ e criou-se a CSLL. Assim como Eva, fruto de uma costela de Adão, pode-se dizer que a CSLL deriva, em certa medida, do IRPJ, mas assumiu vida própria resguardando sua autonomia.

A base de cálculo da CSLL foi prevista pelo art. 2º da Lei nº 7.689/88, tendo passado por significativas alterações introduzidas pela Lei nº 8.034/90, que exacerbou a especificidade de sua base de cálculo. De maneira mais ampla, a base de cálculo da CSLL foi definida pelo art. 2º como o valor do resultado (contábil) do exercício, antes da provisão para o imposto de renda. As alterações promovidas pela Lei nº 8.034/90 deram maior concretude à sua base, relativamente a quais seriam as adições ou exclusões pertinentes. Vejamos as previsões introduzidas no § 1º de sua alínea “c”, tal como vigentes à época dos fatos:

“c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)”

Nos itens 1 e 4, previu-se que eventuais *variações* **do valor do patrimônio líquido** (e somente dele) que implicassem alteração do resultado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial (Art. 248 da Lei nº 6.404/76) seriam fiscalmente neutras também para a apuração da CSLL. Não pretendeu, portanto, neutralizar os efeitos de *variações* do valor pago a título de ágio, pois este **é imutável**, já que se consubstancia no montante pago excedente ao patrimônio líquido

no momento da aquisição, devendo ser registrado contabilmente de maneira apartada conforme determinação do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Afirmar, portanto, que os itens 1 e 4 da alínea “c” acima transcritos imporiam a neutralidade fiscal do ágio, é desconsiderar sua imutabilidade e confundir patrimônio líquido com o sobrepreço, a ele excedente, é, na essência, assumir a falta de compreensão do conceito mais rudimentar de ágio.

Anos depois sobreveio a Lei 8.981/95, que teve sua redação alterada pela Lei nº 9.065/95, restando seu artigo 57 da seguinte maneira

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)”

O dispositivo, muito embora traga aproximações entre a CSLL e o IRPJ quanto à apuração e pagamento (portanto, quanto ao vencimento, pagamento, período e dinâmica de apuração), **ressalva que tais aproximações não avançariam sobre o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária**, asseverando restarem ***mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor***, salvo alterações pontuais expressas nessa mesma lei.

Deixou-se claro para além de qualquer dúvida minimamente razoável, a autonomia do critério quantitativo de cada um desses tributos.

Essa autonomia foi novamente reafirmada pela primeira parte do art. 13 da Lei nº 9.249/95, curiosamente ao aproximar as bases de cálculo de ambas por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do art. 47 da Lei nº 4.506/64:

“Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável;

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis,

exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União.” (grifo nosso)

Tamanho esforço legislativo em delimitar as aproximações e distanciamentos entre o IRPJ e a CSLL confirma a ausência de plena identidade entre ambos os tributos, notadamente quanto ao seu critério quantitativo. Muito embora ambos partam do lucro líquido contábil para sua apuração, cada qual sofre adições e exclusões próprios.

Analisando, sob este arcabouço, o Decreto-lei nº 1.598/77, verificamos que seu artigo 25, na redação então vigente, exclui as contrapartidas de amortização do ágio apenas da determinação do lucro real (base de cálculo do IRPJ), não trazendo vedação relativamente à base de cálculo da CSLL. A previsão também confirma que, não fosse a ressalva ali prevista, tratar-se-ia de despesa a priori dedutível.

“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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)” (grifo nosso)

Ao seu turno, a permissão da dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill) introduzida no ordenamento pelo artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 faz referência unicamente ao Lucro Real, justamente porque somente a ele se aplicava a restrição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Por fim, é pertinente enfrentar o argumento de que o inciso III do art. 13 da Lei nº 9.249/95 impediria a dedução das despesas de amortização para a apuração da base de cálculo da CSLL. O argumento, parece-me, decorre da leitura parcial do inciso, que em sua parte final contém ressalva permitindo a dedução — *respeitadas as regras gerais do artigo 47 da Lei nº 4.506/64* — das despesas correspondentes a quotas de amortização de bens móveis (como as participações societárias) *intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços*.

A ressalva, aplicável ao caso em questão, refuta o argumento e confirma decorrer a dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, de sua natureza de despesa com a aquisição de uma expectativa rentabilidade futura, dedutível a partir da consolidação da entidade que nele incorreu, com a entidade de onde advirão tais potenciais resultados futuros (*matching principle*). Afasta, também, a comum assertiva de tratar-se de benefício fiscal, permitindo que o sobrepreço, como despesa, seja confrontado com as potenciais receitas futuras que lhe deram causa.

Entendo, portanto, procedente o Recurso Voluntário também relativamente à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL.

○ QUESTIONAMENTOS SOBRE O LAUDO

Por fim, alega que os laudos apresentados conteriam falhas, o que foi combatido à exaustão com sucesso pelo Recurso Voluntário, dispensando-se a transcrição de suas razões neste momento.

Dedico-me, neste momento, apenas a trazer algumas considerações adicionais sobre a natureza da demonstração exigida pela lei vigente na época do surgimento do ágio em questão.

O art. 20, incisos I e II, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), determinava o desdobramento do preço pago em apenas dois elementos, valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio consistente na diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido. Vejamos:

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

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

II - 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.”

A Lei não previa critérios de alocação a cada uma das possíveis justificativas para o ágio pago, mas apenas previa em seu §2º os possíveis fundamentos para o pagamento do ágio.

O §3º do mesmo artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação societária, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”. O dispositivo legal não prevê nenhuma forma específica de demonstração do ágio, nem fixa de maneira detalhada seu conteúdo.

Tampouco a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), previam qualquer requisito formal específico para a demonstração do ágio, de maneira que o contribuinte está legitimado a fazer a prova da maneira que melhor lhe aprouver, valendo-se daquelas admitidas ou não vedadas em Direito.

Os artigos 107, 212, 226 do Código Civil e 332 do CPC/73, por sua vez confirmam a amplitude dos meios de prova admitidos em Direito.

Código Civil

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil de 1973)

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

E na ausência de norma específica em sentido diverso, o princípio da Verdade Material demanda a prevalência da realidade, de maneira que a “demonstração” pode ser feita segundo critérios de conveniência do Contribuinte, como bem sintetizou o Conselheiro Luiz Flávio Neto ao relatar o Acórdão CARF nº **9101003.468**.

Sob essa ótica, a documentação apresentada pelo contribuinte **é prova suficiente da existência do ágio** por expectativa de rentabilidade futura, sendo notável a presença de laudos de avaliação contemporâneos à operação.

Como vimos acima, nos diplomas vigentes à época, inexistia previsão legal para que a alocação do ágio à expectativa de rentabilidade futura fosse subsidiária às demais hipóteses exemplificativas listadas pelo parágrafo 2º do art. 20 do Del. 1.598/77. Como aponta o doutrinador Ricardo Mariz do Oliveira, o dispositivo prestava-se apenas a indicar algumas das possíveis justificativas para o ágio, dando liberdade ao contribuinte para alocá-lo *segundo as intenções motivadoras* da operação:

“Dentre os seguintes’ significa haver múltiplas possibilidades variáveis de caso concreto para caso concreto, sem precedência de qualquer das hipóteses. Aliás, não deixa de ser curiosa a preferência por uma ordem que começaria pela última

hipótese da lei, prosseguiria voltando à primeira e finalizaria passando para a segunda.”¹¹

A ausência de ordem preferencial de alocação é acertada, já que a fundamentação do ágio pago é elemento subjetivo do comprador, variável a depender dos destinos pretendidos para o investimento, muito embora tal elemento subjetivo deva ser demonstrado para fins de justificar a contabilização e viabilizar a dedução, como bem fez o contribuinte por meio dos Laudos apresentados que indubitavelmente precificaram o negócio com base no valor presente da expectativa de rentabilidade futura projetada. É o que leciona Luís Eduardo Schoueri:

“Nos casos e que o comprador paga o ágio com o fundamento na rentabilidade futura da investida (e é bom lembrar que a moldura legal exige que se escolha uma fundamentação para o ágio), não se cogita investigar o valor que poderia receber ao alienar um ou outro bem da empresa. Pelo contrário, tal fundamento pressupõe que o investimento não será desfeito, já que o lucro será obtido não com sua realização, mas com a rentabilidade futura da investida”²².

Entende-se, portanto, que o investimento pago com ágio que se fundamente no inciso II do parágrafo 20 do art. 385 do RIR/1999 terá continuidade de modo a gerar lucros para o investidor.

Na rentabilidade futura, os bens do ativo da controlada ou coligada já não mais são considerados a partir de seu valor isolado, como na hipótese do inciso I, nem tampouco se considera apenas a capacidade abstrata de gerar lucros, de um modo geral (inciso III); o que se tem é, antes, uma remuneração, ao vendedor, por conta de lucros que o empreendimento deve gerar, devidamente quantificados.

A evidência de que a fundamentação do ágio está na rentabilidade futura se encontra quando se fazem projeções de receitas, custos e despesas, trazendo tais montantes a valores presentes e aplicando-se considerações como custo de oportunidade ou remuneração de investimento, a fim de se apurar a lucratividade esperada.

(...)

“A inexistência de forma legal prevista para a comprovação da fundamentação traz, ainda, outro corolário: não cabe à autoridade fiscal questionar a metodologia adotada pelo avaliador. Realmente fosse o ágio dependente de um laudo, então o acerto deste seria condição para que se concordasse com sua contabilização. Ou seja: a dedutibilidade dependeria da comprovação de que efetivamente a empresa era rentável. Diante da falta daquela exigência, o papel

¹¹ Ricardo Matiz de Oliveira, "Questões atuais sobre o ágio-Ágio interno – Rentabilidade futura e intangível - Dedutibilidade das amortizações - As inter-relações entre a Contabilidade e o Direito". In: Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes (coords.). Controvérsias juridico-contábeis (aproximações e distanciamentos 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011, pp. 212-232 (219).

do laudo passa a ser, exclusivamente, comprovação da fundamentação (aspecto subjetivo) de seu pagamento. Se o avaliador fez um bom trabalho, ou se sua metodologia não foi a mais adequada, tudo isso se torna irrelevante.

(...)

Importa apenas saber se o laudo embasou a decisão do comprador, i.e., se o comprador, no momento do pagamento do ágio, considerou o laudo e suas conclusões. Mais uma vez: o que se busca é o fundamento da decisão do comprador, não o acerto daquela decisão. Não interessa saber se a empresa era rentável de fato, mas se o comprador, ao pagar o ágio, acreditava na existência da rentabilidade futura.”¹²

No caso concreto, os laudos de avaliação dão conta de esclarecer que a expectativa de rentabilidade futura é que, subjetivamente, fundamentava o sobrepreço pago pelo comprador, o que sustenta a alocação do ágio adotada pelo Contribuinte. Isso fica evidente pelo uso do método do fluxo de caixa descontado, que, precipuamente, traz a valor presente a expectativa de rentabilidade futura. Não há vinculação entre o objetivo pretendido e sua efetiva concretização no futuro e até mesmo uma demonstração equivocada é apta a demonstrar que, mesmo agindo em erro, o comprador atribuía o sobrepreço à expectativa de rentabilidade futura.

Tampouco há que se afastar a validade do laudo por ser elaborado internamente, ou por estar, quando elaborada por terceiro, fundado em informações não auditadas elaboradas pela própria entidade. Tais exigências exigência não se sustentam, pois a legislação vigente à época preocupava-se com a motivação do comprador ao pagar pelo ágio, que no caso se encontra devidamente demonstrada. O comprador pagou pela expectativa de rentabilidade prevista para o empreendimento e a demonstração arquivada comprova tal motivação, sendo que eventuais contingências decorrentes de auditoria injustificável em uma relação entre partes dependentes resolvem-se por cláusulas de declarações e garantias, o que não afasta a validade dos laudos usados.

Dessa maneira, sem pretender esgotar os argumentos de defesa a este respeito, que encontram-se todos comprovados, entendo que tampouco são cabíveis os questionamentos feitos pela autuação quanto à demonstração do fundamento do ágio.

2. DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.*Assinado Digitalmente*

Lucas Issa Halah

¹² SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários. São Paulo, Dialética, 2012, pp. 33 a 37.

ACÓRDÃO 1201-007.180 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 10923.720054/2017-93

DOCUMENTO VALIDADO