



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10932.720084/2014-48
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.477 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 07 de março de 2023
Recorrente ELEVADORES OTIS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO DE ENTENDIMENTO POSTERIORMENTE SUMULADO. NÃO CABIMENTO.

Nos termos do artigo 67, § 3º, do Anexo II do RICARF, não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

Dessa forma, e considerando que a decisão recorrida aplicou o mesmo entendimento que foi objeto da Súmula CARF nº 108 (*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício*), o recurso especial não deve ser conhecido no tocante a essa matéria.

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

Ano-calendário: 2009, 2010

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.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO”. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, não havia disposição legal que vedava a dedução do dito *ágio interno*, existindo uma verdadeira dúvida interpretativa quanto a esse direito, incabível a qualificação da penalidade, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, exceto quanto à matéria “juros sobre a multa de ofício”. No mérito, acordam em: (i) em relação à matéria “amortização de ágio interno”, por voto de qualidade, negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Livia De Carli Germano, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram por dar-lhe provimento; e (ii) por unanimidade de votos, dar-lhe provimento para reduzir a multa de ofício para 75%; votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou ainda intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 896/945) interposto pela contribuinte em face do Acórdão nº **1301-002.008** (fls. 786/809), o qual negou provimento ao recurso voluntário e deu provimento ao recurso de ofício com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2010, 2011

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Correta a glosa de despesas de amortização de ágio, na situação em que referido ágio decorre de reorganizações societárias levadas a efeito dentro de um mesmo grupo empresarial, em curto espaço de tempo, constatando-se ainda que o alegado “pagamento” pela suposta aquisição de mais mais-valia na verdade se tratou de mera transferência de recursos internamente ao grupo econômico. Não se pode admitir que o

cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.

Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico, cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

ÁGIO INTERNO. MODIFICAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO FATO GERADOR. CONDUTA INTENCIONAL. MULTA QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

O conjunto de operações praticadas para constituição, transferência e posterior amortização de ágio interno, despesa artificialmente criada, por intentar conferir aparência de legalidade à redução de tributos devidos, modificando as características essenciais do fato gerador tributário, constitui ação dolosa determinante da imposição da multa de ofício qualificada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2010, 2011

DECADÊNCIA. ALCANCE. INOCORRÊNCIA.

A decadência incide sobre o direito da Fazenda Nacional de constituir créditos tributários ocorridos em determinado período, e não sobre o direito de examinar fatos econômicos (não se trata aqui de fatos geradores tributários), quando quer que tenham ocorrido. Com isso, o que se pretende é permitir a validação, ou não, de sua influência (dos fatos econômicos pretéritos) sobre fatos geradores tributários ocorridos em períodos não alcançados pela decadência. Não se verifica, pois, a decadência, no caso concreto sob exame.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais. Aplicação da Súmula CARF nº 4.

Em síntese, o litígio decorre de Autos de Infração (fls. 394/412) que exigem IRPJ e CSLL, acrescidos de multa qualificada de 150%, referentes aos anos base de 2010 e 2011, em razão da glosa de despesas deduzidas fiscalmente a título de amortização de ágio gerado em operações realizadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 383/393):

(...)

4. DAS OPERAÇÕES QUE LEVARAM AO SURGIMENTO DO ÁGIO E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO

Em resumo que será detalhado nos itens abaixo, o ágio sob questão surgiu quando da compra de participação, na empresa Elevadores Otis Ltda (investida), pela empresa Elevadores Holding Ltda (investidora), compra essa efetuada a valor superior ao patrimônio líquido da investida (a diferença é o ágio). O ágio gerado na investidora foi posteriormente transferido para a investida através de uma operação de incorporação (a

investida incorporou sua investidora, que deixou de existir, assumindo todos seus ativos).

A partir daí, usando o diploma legal acima mencionado, começou a amortizar esse ágio, em 80 parcelas mensais, levando essa despesa em sua demonstração do resultado, e reduzindo com isso a base de cálculo do IRPJ/CSLL.

4.1. DA CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA ELEVADORES HOLDING LTDA

A Elevadores Holding Ltda, inscrita no CNPJ nº 05.460.108/0001-80, doravante identificada como EHL, foi constituída em 14/11/2002, tendo como objeto social destacado na Cláusula Quinta do Capítulo II de seu Contrato Social “comercialização de peças e partes de elevadores e escadas rolantes/participação em outras sociedades.”.

Já em 13/08/03 adquiriu a participação societária superior a 99% do capital social da Elevadores Otis Ltda (EOL). A EHL tinha à época e manteve durante toda a sua existência, como patrimônio único, as quotas da sua controlada EOL. A EHL no período de sua existência não desenvolveu nenhuma atividade, não amealhou bens ou direitos patrimoniais, a não ser a referida participação na EOL.

Cabe destacar que por meio de uma reorganização societária a EHL foi incorporada pela EOL em 26/11/2003, ou seja, decorridos 03 (três) meses da aquisição da referida participação, assim é relevante destacar a existência efêmera da empresa que, em tese, não teve nenhum objetivo a não ser fazer parte da operação que geraria futuramente a amortização do ágio na EOL, sendo flagrante a ausência de propósito negocial, requisito para a despesa com amortização de ágio ser levada como dedução do IRPJ e da CSLL.

Digno de nota o fato de ser a única operação efetuada pela EHL em sua existência, a aquisição da participação na EOL com ágio.

O que nos leva a inferir que não houve qualquer propósito de existência a não ser a geração do ágio intra grupo para futura amortização pela EOL e consequente redução da base de cálculo de tributos nos anos subsequentes à incorporação

4.2. DA COMPRA DA PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO

O ágio gerado na empresa EOL decorreu da operação de alienação da participação societária para a EHL, com base em laudo técnico elaborado pela empresa Standard & Poor's. O valor pago pelas quotas da EOL não foi equivalente ao valor patrimonial que representava cada quota, assim a EHL registrou um ágio em seus livros.

As empresas controladora e controlada tinham a mesma composição societária, na data da aquisição da participação societária e da incorporação, conforme consta do Protocolo e Justificação da Incorporação e do Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social de 26/11/03, denotando assim uma transação entre as pessoas do mesmo grupo econômico, se não vejamos o quadro abaixo, assinalado com um “x” a empresa que cada sócia(o) participa:

Itens	Quadro Societário	Elevadores Otis Ltda	Elevadores Holdings Ltda
01	<i>Elevadores Holdings Ltda (EHL)</i>	X	
02	<i>Otis Elevador Company-Delaware</i>	X	X
03	<i>United Technologies France SAS</i>	X	X
04	<i>Edmilson Ferreira da Silva</i>	X	X
05	<i>Latin American Hilding, ,Inc</i>	X	

A empresa Standard & Poor's autora do processo de avaliação dos patrimônios envolvidos nessa operação, do qual resultou o Laudo de Avaliação dos Patrimônios, teve como certa a aprovação do Laudo, vez que os detentores da participação societária de ambas as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico, apontado no quadro acima.

Efetuada a avaliação dos patrimônios, a EHL registrou na sua contabilidade a expectativa de goodwill no valor de R\$ 340.711.573,19 e provisão para perdas no valor de R\$ 224.869.638,30, tinha registrado em Participações em Subsidiárias o valor de

R\$ 94.706.458,38, conforme alteração do Contrato Social de 26/11/2003, Protocolo de Justificação da Incorporação, Laudo de Avaliação e o próprio Balanço Patrimonial. Resumo da operação financeiramente $(94.706.458,38 + 340.711.573,19 - 224.869.638,30 = 210.548.391,27)$.

4.3. DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO

Efetuada a reorganização societária precedente, a EOL passou a ser detentora do patrimônio da EHL, patrimônio este já avaliado pelo critério contábil com base no balanço de 31/12/2003, data base da incorporação feita pela Elevadores Otis Ltda.

A EHL ao adquirir as cotas da EOL, por valor superior ao valor patrimonial desta, registrou um ágio em seus livros. Diante da referida reorganização societária a EHL foi incorporada pela EOL, que trouxe aos seus registros contábeis os valores do ágio gerado pela operação em si.

O Protocolo e Justificação da Incorporação da EHL, pela EOL, considerando que a primeira era a investidora (controladora), teve como escopo: (i) a avaliação do seu patrimônio líquido pelo critério contábil com base no Balanço levantado em 31/10/2003, data base da incorporação; (ii) nomeação de Peritos, ad referendum dos sócios da investida (incorporanda) e da investidora; (iii) propor a dispensa da avaliação dos patrimônios de ambas a preço de mercado nos termos do art. 264 da Lei nº 6.404/76, tendo em vista o ônus que acarretaria para as referidas sociedades; e (.....)

Na EOL, o lançamento contábil da operação de incorporação das ações, realizado em 31/10/2003: i) a débito da conta de investimentos em subsidiária – good will - código da conta sped 10726 (R\$ 340.711.573,19) e a crédito da conta de investimentos em subsidiária - ágio - código da conta sped 10727 (R\$ 224.869.638,30). Com isso, o capital social da EOL passou de R\$ 60.189.671,00 para R\$ 210.560.891,30, conforme registro arquivado na Junta Comercial de São Paulo/Jucesp.

Pela análise dos elementos supracitados, ficou patente nessa incorporação a ocorrência de operação entre as partes relacionadas, onde os recursos transitaram tão-somente dentro do grupo econômico, sem causar nenhum ônus efetivo por parte do adquirente.

4.4. DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Efetuados os registros contábeis acima, a fiscalizada passa a amortizar o ágio mensalmente, levando para resultado do exercício o somatório do período, conforme razões anexos.

5. DA INFRAÇÃO

A fiscalizada utilizou-se da operação em tela, com o fim de gerar ágio intra-grupo para futura amortização pela EOL, e que viria a reduzir o resultado dos tributos apurados nos anos seguintes. Admite-se na teoria contábil apenas o ágio pago numa negociação entre comprador e vendedor não relacionados entre si. O ágio gerado internamente como neste caso, que não decorreu de uma operação com propósito negocial, não pode ser levado ao resultado como redutor dos tributos apurados no exercício.

Importante mencionar que um ativo intangível, como no caso em tela, muito embora possa gerar benefícios econômicos para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil impedido pelo fato de não existir um custo que possa ser confrontado com os benefícios gerados, não se permitindo, pois, a apuração dos lucros correspondentes à realidade econômica da empresa.

Na operação da qual se originou o ágio das ações incorporadas da EHL, entendemos que as ações embora avaliadas e incorporadas pelo valor patrimonial, teve natureza meramente econômica, com o intuito maior de obter o benefício da dedutibilidade para fins de Imposto de Renda e da Contribuição social, por meio de um planejamento fiscal.

O Protocolo de Justificativa e o Laudo de Avaliação fazem menção aos valores demonstrados no Balanço Patrimonial da EHL, os quais foram utilizados na incorporação feita pela EOL. Destacamos que o valor do ágio foi registrado como despesa na EHL como resultado não operacional, o que representou a totalidade do

prejuízo contábil registrado pela empresa naquele período. Efetuada a incorporação, a EOL passa a amortizar mensalmente o ágio em 84 parcelas, o qual interferiu no resultado da apuração do IRPJ e da CSLL nos anos subseqüentes, inclusive nos anos-calendário 2009 e 2010, objeto desta ação fiscal.

Cabe destacar que a despesa de amortização de ágio também deve ser glosada na apuração da CSLL. É o que diz o art. 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95:

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:

(...)

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;

A fim de robustecer todo o exposto, citamos o art. 324 do RIR/99, que trata da dedutibilidade da despesa de amortização. Onde é inequívoco que a amortização do ágio interno é indedutível, pois o *caput* do art. 324 determina que poderá ser computada como despesa a importância correspondente à recuperação do capital aplicado. O capital aplicado no ágio interno foi zero, por isso não há que se falar em importância correspondente à recuperação do capital aplicado, vez que os recursos financeiros não saíram dos cofres do grupo econômico. O §1º do mesmo artigo menciona que “o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas”. Não há que se falar em custo de aquisição do ágio interno, dada a operação intra-grupo, o que permite concluir que todas as despesas de amortização do ágio interno ultrapassaram o custo inexistente, por isso devem ser glosadas.

Também o art. 325 do RIR/99 deixa muito clara a condição para a dedutibilidade das despesas amortizáveis. Segundo o art. 325, inciso I, poderá ser amortizado o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo legal ou contratualmente limitado. Insista-se que, no caso do ágio gerado internamente, não há capital aplicado na aquisição de direitos, o que leva à conclusão de que ele não pode ser amortizado para fins tributários.

Por outro lado, se a baixa contábil do ágio interno, na forma adotada pela fiscalizada, não vier acompanhada da indedutibilidade da amortização do ágio interno na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, proporcionar-se-á um benefício fiscal derivado de uma transação cujo custo foi rigorosamente zero, o que se pode considerar como um subsídio tributário recebido por conta de uma transação sem propósito negocial, como já foi dito anteriormente.

Aceitar, enfim, a dedutibilidade tributária da amortização do ágio interno seria perenizar um tipo de evasão fiscal, uma vez que a legislação não ampara esse tipo de despesa artificialmente criada. A ilegitimidade da amortização do ágio interno fica patente quando se imagina que, apenas baseado em laudos de avaliação e por meio de uma operação sem qualquer propósito negocial, o contribuinte pudesse, ao seu arbítrio e de tempos em tempos, reduzir ou até zerar o pagamento de tributos, bastando, para tanto, criar uma despesa fictícia.

Na esteira deste entendimento releva destacar os pressupostos legais que permitem a amortização do ágio: i) efetivo pagamento; ii) partes não ligadas e iii) laudo técnico autônomo e confiável.

Como se vê por todo o exposto, a investidora e a investida pertencem ao mesmo grupo econômico, sob controle comum, ademais não houve um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente. E ainda que tenham ocorrido transferências de recursos dentro do grupo econômico, não houve um ônus efetivo por parte da adquirente. Resta claro, portanto, que a fiscalizada utilizou-se de despesa de amortização do ágio sem observar os pressupostos legais, desta forma s.m.j. sem o direito à dedutibilidade.

6. DO LANÇAMENTO

Por todas as razões acima expostas, impõe-se realizar o presente lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL, decorrente da glosa das despesas de amortização de ágio gerado internamente, por indedutíveis na determinação do lucro real e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 249, inciso I, do RIR/99.

A base de cálculo do lançamento foi o total da despesa com amortização do ágio declarada nas DIPJ AC 2009 e 2010, tomadas em seu valor anual, por estar a empresa sujeita à tributação com base no lucro real anual.

Os valores foram lançados em sua totalidade, sem qualquer redução de ofício, pois a empresa apurou lucro nesses períodos.

Os valores foram lançados como Custos/Despesas Operacionais/Encargos não Dedutíveis.

A multa aplicada foi a multa qualificada de 150%.

7. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente da glosa acima caracterizada, cumpre o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

A redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

(...)

Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, o art. 72 da Lei nº 4.502/64 assim define fraude:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

O procedimento adotado pela fiscalizada está compreendido na hipótese prevista na norma acima. Não cabe à companhia invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foi criado o ágio, nem quando ele começou ser amortizado, nem em qualquer outro momento. A fiscalizada estava consciente da falta de propósito negocial e do ágio gerado internamente, registrado apesar da ausência deste propósito, haja vista o curto período da operação ora realizada.

Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

8. DA AUTUAÇÃO E REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS

(...)

A contribuinte apresentou impugnação (fls. 417/451), sustentando, em síntese:

- que não caberia à Fiscalização questionar, por meio de auto de infração, formação de ágio ocorrida em 2003, decorridos mais de onze anos, nos termos do art.150, §4º, do CTN;

- que a autoridade fiscal equivoca-se ao concluir que o controle da ora Requerente já era detido pela empresa francesa United Technologies France SAS;

- que o mero fato de a parcela de ágio ora discutida decorrer de transações dentro de um grupo econômico não impede o seu reconhecimento e aproveitamento para fins fiscais;

- transcreve excertos de renomados tributaristas e de decisão administrativa do CARF e citações de vários acórdãos deste órgão colegiado que teriam o entendimento que ora defende; cita doutrina contábil acerca de ágio interno, verificado entre partes relacionadas

(Eliseu Martins e Jorge Vieira C. Jr); traz exemplo de caso julgado pela CVM, que teve entendimento igual ao que defende;

- que tanto a tentativa de desconsideração do ágio ora demonstrado é infundada, que o próprio Governo Federal reconheceu a necessidade de lei para que esse procedimento pudesse ser vedado, tendo publicado, apenas em 11.11.2013, a MP 627/13, convertida na Lei 12.973/14, visando, dentre outros pontos, disciplinar os efeitos fiscais decorrentes da harmonização das regras contábeis brasileiras aos parâmetros internacionais de contabilidade;

- destaca que houve o efetivo recolhimento do imposto de renda, em valor de aproximadamente R\$ 50 milhões, aos cofres públicos brasileiros;

- o ordenamento jurídico brasileiro prevê especificamente a possibilidade de utilização das chamadas sociedades *holdings* puras, ou seja, aquelas que existem, não para terem empregados ou atividades próprias, mas apenas para deter participações societárias;

- que a EHL foi necessária pelas razões empresariais envolvidas no processo de reorganização global do Grupo UTC, com objetivos econômico-financeiros de transferir o controle direto das participações detidas em subsidiárias estrangeiras controladas pelo braço americano da Grupo UTC para sociedades não constituídas nos EUA;

- que é inegável o equívoco da Fiscalização ao alegar que a reorganização empreendida pelo Grupo UTC da qual se originou o ágio ora discutido não estaria lastreada em propósitos negociais independentes de efeitos fiscais; mesmo que referido propósito não existisse, não poderia a autuação fiscal desconstituir uma operação realizada em absoluta conformidade com a legislação em vigor, unicamente por conta das suas motivações econômicas;

- que não restou nenhuma conduta simulada, dolosa ou fraudulenta por parte da requerente neste caso;

- que as operações praticadas eram claras e legítimas, ensejando, inclusive, o recolhimento de tributos, o que afasta a alegação de evidente intuito de fraude.

Ainda esclarece na defesa que:

27. A EHL **pagou, em dinheiro e com a efetiva transferência de caixa**, o valor de US\$ 151.050.451,00 (cento e cinquenta e um milhões, e cinquenta mil, quatrocentos e cinquenta e um dólares). A Requerente colaciona ainda a estes autos o comprovante de transferência de todos os valores acima apontados (**docs. nºs 12 e 13**), bem como o laudo que a Standard & Poors preparou, em abril do ano-calendário 2003, com uma avaliação completa do valor de mercado da Requerente, com base em uma estimativa de sua rentabilidade futura, utilizando-se o método do fluxo de caixa descontado (**doc. nº 14**).

28. Vale notar que, como essa operação foi realizada em condições de mercado, houve também a **apuração de ganho de capital tributável** pelos vendedores, que efetuaram o **pagamento do imposto de renda no valor de R\$ 49.173.870,52** (quarenta e nove milhões, cento e setenta e três, oitocentos e setenta, e cinquenta e dois centavos) (**doc. nº 15**).

29. Isto é, diferentemente do que foi alegado no auto de infração, **houve a efetiva transferência de recursos**, bem como ônus efetivo para o grupo na aquisição de participação societária ora analisada. A existência de ônus financeiro na transação é evidente, na medida em que preço foi pago e tributo efetivamente recolhido no Brasil.

30. Novamente, é importante frisar que **essas operações** foram feitas em condições de **mercado** (*arm's length*). Em primeiro lugar, isso foi feito para que se refletisse a natureza do negócio acordado de integração de sociedades do grupo. Em segundo lugar,

as empresas americanas são obrigadas, pela legislação daquele país, a efetuar alienações a valores de mercado, seguindo as regras de preços de transferência, como determinado expressamente pela "*Treasury Regulation*" 1.482-l(b)(1) acima transcrito e pela *Section 482* do "*Internal Revenue Code*". Não havia, portanto, outra opção para a efetivação dessa operação.

(...)

Em Sessão de 24 de abril de 2015, a 3ª Turma da DRJ/FNS deu provimento parcial à impugnação (cf. Acórdão 07-37.105 - fls. 623/645), afastando a qualificação da multa de ofício, de 150% para 75%.

Essa redução foi objeto de recurso de ofício.

Já a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 653/686), onde basicamente reitera as alegações de defesa e questiona pontos específicos da decisão de piso.

Chamada a se manifestar, a PGFN ofereceu contrarrazões ao recurso voluntário (fls. 740/775).

Encaminhados os autos para julgamento no CARF, a 3ª Câmara da 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção do CARF deu provimento ao recurso de ofício e negou provimento ao recurso voluntário por meio do referido Acórdão nº **1301-002.008** (fls. 786/809).

A contribuinte opôs embargos de declaração (fls. 817/825), alegando determinadas omissões e contradições no julgado, embargos estes que, após admitidos (fls. 873), foram rejeitados pelo Acórdão nº **1301-002.219** (fls. 874/887), o qual restou assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Ao se constatar que inexistiram quaisquer das omissões e contradições alegadas pela embargante, os embargos declaratórios devem ser rejeitados. Os embargos declaratórios não se prestam a rediscutir matéria já decidida, muito menos à introdução de argumentos não trazidos anteriormente em sede de recurso. A contradição que poderia, em tese, ensejar embargos seria aquela verificada entre a decisão e seus fundamentos ("*contradição interna*"), descabendo cogitar-se de contradição entre o acórdão embargado e elementos externos, tais como outros acórdãos ou doutrina.

Em seguida a contribuinte interpôs o recurso especial (fls. 896/945), admitido nos seguintes termos (fls. 1.288/1.297):

(...)

O recorrente aponta várias alegadas divergências, as quais serão analisadas a seguir.

1. Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas

A primeira divergência apontada pelo recorrente trata da dedutibilidade de ágio gerado em aquisição de participação societária entre partes relacionadas.

O recorrente afirma que o acórdão recorrido adotou o entendimento de que o ágio em tela não poderia ser considerado dedutível para fins fiscais em razão de as empresas envolvidas na reorganização societária ora discutida pertencerem a um mesmo grupo econômico.

Quanto a essa questão, a decisão recorrida assim se manifestou (fls. 799):

No caso concreto, como visto, as operações societárias foram integralmente realizadas dentro do grupo econômico (Chupo UTC), em curto espaço de tempo, com transferência de valores entre empresas do grupo, sendo que, ao final das operações, alcançou-se um alegado objetivo empresarial (mudança do controle da EOL do ramo estadunidense para

o ramo francês). A única outra alteração foi a apropriação e amortização de "ágio" e consequente redução do resultado tributável da EOL. O "ágio" assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Não se pode admitir que o cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa.

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão contraria a interpretação adotada nos Acórdãos nº 1302-001.978 e nº 1302-002.060, os quais serão a seguir analisados.

O Acórdão nº 1302-001.978 adotou a seguinte ementa:

ÁGIO (INTERNO). PARTES RELACIONADAS (OU NÃO). INCORPORAÇÃO REVERSA. POSSIBILIDADE.

No caso em tela não há que se falar em ágio interno, ou seja, o ágio oriundo de operações societárias ocorrida entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Porém, ainda que de partes relacionadas se tratasse, a circunstância de a operação haver sido praticada por empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, em nada descaracteriza o direito da contribuinte em amortizar o ágio fiscal. A distinção entre ágio oriundo de operação entre empresas relacionadas, ou não, é irrelevante para fins de aplicação da legislação fiscal.

Transcreve-se trecho do respectivo voto condutor:

A referencia que ora se deseja fazer aponta para a parte do enunciado da ementa que diz que de acordo com os termos da legislação de regência, e conclui por dizer que a lei requer plena observância de requisitos essenciais. A pergunta que se faz é muito simples: a que lei se refere a DRJ/SP1? E neste caso, parece não haver tal resposta nos autos, seja no TVF, ou no acórdão recorrido.

Pois bem, ante o exposto, deixo assente meu posicionamento quanto à percepção de que o ordenamento jurídico positivo inexistia (i) que o ágio fosse originado de operação societária realizada entre partes não relacionadas, bem como, que o (ii) efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio, fosse tido como requisito à validação, seja de sua constituição, seja de sua amortização fiscal. O que dirá aduzi-los como requisitos essenciais.

A comparação das duas decisões contrapostas permite verificar importantes diferenças nos respectivos entendimentos das situações fáticas manejadas. No acórdão recorrido, entendeu-se que a aquisição de participação societária se deu entre partes relacionadas e que o alegado ágio não existia, pois não havia qualquer esforço econômico por parte da empresa adquirente. Por outro lado, a decisão paradigma adotou o entendimento de que a operação não se deu entre partes relacionadas e que o ágio existia. Adicionalmente, ficou registrado o entendimento da relatora, como *obiter dictum*, pelo qual o ágio existente seria dedutível mesmo que as partes fossem relacionadas.

Entendo que a causa determinante das duas decisões é a avaliação sobre a existência, ou não, do ágio nas situações fáticas apresentadas, pois foi isso que causou a diferença nas respectivas providências adotadas. Tal entendimento decorre da apreciação dos fatos, em suas minúcias, o que foi feito na decisão recorrida, ao que se chegou à conclusão de que a operação se deu entre partes relacionadas e o ágio não existia. Enquanto isso, a decisão paradigma não apresenta o mesmo quadro fático, o que levou à conclusão de que a operação se deu entre partes não relacionadas e o ágio existia. Portanto, a diferença de providências se deu em razão das diferenças entre os quadros fáticos comparados, o que leva à conclusão de que não há aqui justa causa para o recurso especial, o qual tem como vocação legal a solução de divergências na interpretação da legislação tributária.

Assim, entendo que o paradigma apresentado não é hábil para estabelecer a divergência reclamada.

O recorrente ainda aponta como paradigma o Acórdão nº 1302-002.060, o qual adotou a seguinte ementa:

AGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

Transcreve-se trecho do respectivo voto condutor:

(...)

A leitura do acórdão paradigma permite verificar que não há dúvida de que a operação de aquisição de participação societária lá tratada se deu entre partes relacionadas e que o pagamento correspondente se deu sem um efetivo ônus financeiro, tudo à semelhança do acórdão recorrido. Contudo, a decisão paradigma entendeu serem aplicáveis os dispositivos legais que autorizam a dedução da amortização do ágio, enquanto a decisão recorrida entendeu não ser possível essa aplicação, denotando uma divergência de interpretação passível de ser sanada via recurso especial.

Assim, entendo que o primeiro paradigma apresentado não é hábil para estabelecer a divergência reclamada, mas o recurso deve ser admitido quanto a esse tópico em razão do segundo paradigma.

2. Empresa veículo

A segunda divergência apontada pelo recorrente trata da possibilidade de dedução de ágio adquirido por meio de empresa criada com o propósito único de ser veículo para a aquisição pretendida.

O recorrente afirma que o acórdão recorrido adotou o entendimento de que a utilização de empresa veículo denota que o ágio não possui substância econômica, o que levou à manutenção da glosa da dedução do ágio.

Quanto a essa questão, a decisão recorrida assim se manifestou (fls. 808):

Também aqui penso que a decisão recorrida merece reforma. A modificação das características essenciais do fato gerador, prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é a inclusão na contabilidade de despesa artificial (a amortização do ágio), reduzindo as bases de cálculo tributáveis. Essa artificialidade se encontra presente na geração mesma desse ágio, conforme expus acima, e não vejo como entender que se tratou de mero equívoco na interpretação da legislação tributária. Ao contrário, tanto a ciência contábil quanto a abalada doutrina tributária entendem pela inoponibilidade ao Fisco do ágio criado intragrupo, sem a participação de um agente externo a validar que as operações tenham sido feitas em condições de livre mercado, e sem o efetivo desembolso para a aquisição de riqueza nova. Ao contrário, a contribuinte estava consciente de seus atos ao registrar contabilmente a despesa artificialmente gerada, pelo que considero correta a aplicação da multa qualificada de 150% ao lançamento.

Ressalto que, em outras situações, também já me manifestei pela possibilidade de aproveitamento fiscal de ágio, ainda que presentes o uso de empresa veículo para sua transferência e de incorporação reversa. Mas sempre diante de um ágio formado sem qualquer mácula, entre partes independentes e mediante pagamento, o que não é o presente caso.

Nessa linha de raciocínio, voto por dar provimento ao recurso de ofício, restabelecendo a multa de ofício no percentual de 150%.

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão contraria a interpretação adotada nos Acórdãos nº 1102-000.982 e nº 1302-002.045, os quais serão a seguir analisados.

O Acórdão nº 1102-000.982 adotou a seguinte ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regia, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

O Acórdão nº 1302-002.045 adotou a seguinte ementa:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

A leitura de ambos os acórdãos paradigmas permite verificar que eles tratam de situação em que foi apreciada a possibilidade de utilização de empresa veículo em operação de aquisição de participação societária sem que isso afetasse a legitimidade da amortização do ágio. Com isso, é forçoso afirmar que não é essa a situação tratada no acórdão recorrido, no que diz respeito à utilização de empresa veículo.

Conforme já foi exposto, a decisão atacada adotou o entendimento de que o ágio deduzido não existia e que o contribuinte realizou uma fraude ao deduzir o ágio inexistente, situação completamente distinta dos paradigmas apontados. Na decisão recorrida, a existência de empresa veículo não é fundamento para negar a dedução do ágio, mas assume o papel de elemento de convicção da existência de dolo, necessário para a qualificação da multa de ofício.

Assim, as decisões contrapostas tratam de objetos distintos (infração e qualificação), de forma que o papel das empresas veículos não podem ser comparadas e os acórdãos apontados não se prestam como paradigmas de divergência para o presente recurso.

3. Qualificação da multa de ofício

A terceira divergência apontada pelo recorrente trata da qualificação da multa de ofício.

O recorrente afirma que a decisão recorrida restabeleceu a qualificação da multa de ofício quando sequer havia proibição legal para a conduta praticada que, quando muito, poderia ser apenas associada a um erro na interpretação da legislação, conforme o seguinte excerto (fls. 911):

30. Entretanto, além de a legislação fiscal então vigente não impor quaisquer restrições ao procedimento adotado pela Recorrente, este, quando muito, seria apenas um caso que versa sobre uma possível divergência em relação à interpretação da lei fiscal, e não de fraude, conluio ou simulação.

Quanto à qualificação da multa de ofício, a decisão recorrida assim se posicionou (fls. 808):

Também aqui penso que a decisão recorrida merece reforma. A modificação das características essenciais do fato gerador, prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é a inclusão na contabilidade de despesa artificial (a amortização do ágio), reduzindo as bases de cálculo tributáveis. Essa artificialidade se encontra presente na geração mesma desse ágio, conforme expus acima, e não vejo como entender que se tratou de mero equívoco na interpretação da legislação tributária. Ao contrário, tanto a ciência contábil quanto a abalada doutrina tributária entendem pela inoponibilidade ao Fisco do ágio criado intragrupo, sem a participação de um agente externo a validar que as operações tenham sido feitas em condições de livre mercado, e sem o efetivo desembolso para a aquisição de riqueza nova. Ao contrário, a contribuinte estava consciente de seus atos ao registrar contabilmente a despesa artificialmente gerada, pelo que considero correta a aplicação da multa qualificada de 150% ao lançamento.

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão contraria a interpretação adotada nos Acórdãos nº 1201-001.470 e nº 1401-001.697, a seguir analisados.

O Acórdão nº 1201-001.470 adotou a seguinte ementa:

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. INDEDUTIBILIDADE. Incabível a dedução de amortização de ágio

decorrente de operação societária realizada entre empresas de mesmo grupo econômico, pela inexistência da contrapartida do terceiro que gere o efetivo dispêndio.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a sucessão de operações societárias sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica de mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real e da contribuição social.

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. Não há como aceitar a dedução do ágio com utilização de empresa veículo, quando o procedimento do sujeito passivo não se reveste de propósito comercial mas revela objetivo exclusivamente tributário.

[...]

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REDUÇÃO.

A multa deve ser reduzida ao percentual de 75% por não haver nos autos comprovação cabal das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

A leitura da ementa do acórdão paradigma já permite verificar a sua similitude fática em relação ao acórdão recorrido, uma vez que trata de ágio oriundo de operação entre empresas do mesmo grupo, considerado inexistente e com a utilização de empresa veículo.

Contudo, a decisão recorrida adotou providência distinta, restabelecendo a multa qualificada com fundamento, inclusive, na existência de empresa veículo a evidenciar o dolo.

Com isso, entendo presente divergência de interpretação da legislação tributária quanto à aplicação do dispositivo legal que prevê a qualificação da multa de ofício.

O recorrente ainda aponta como paradigma o Acórdão nº 1401-001.697, o qual adotou a seguinte ementa:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. INCONSISTÊNCIA. OPERAÇÃO COM ÁGIO

Ainda que o sujeito passivo, bem como o grupo econômico, não tenham atuado no âmbito da ilicitude legalmente tipificada, a evidência de incompatibilidade entre as operações realizadas e aquelas capazes de credenciar juridicamente a existência de um ágio, com efetivo acréscimo de valor, representativo de investimento com expectativa de rentabilidade futura legítima uma reinterpretação dos fatos e a glosa dos valores amortizados.

MULTA QUALIFICADA. REINTERPRETAÇÃO DOS FATOS. SIMULAÇÃO SEM FRAUDE

A reinterpretação do negócio jurídico realizado pelo sujeito passivo, por parte do fisco, o constitui como "simulado", mas não fraudulento, no sentido de ato ilícito doloso. Por isso, importante a separação dos conceitos de "simulação com fraude" e "simulação sem fraude". Ambas permitem a desconsideração dos atos praticados pelo sujeito passivo para efeitos tributários, mas somente na primeira incide a qualificação da multa.

Transcreve-se trecho do respectivo voto condutor:

Pelo exame dos autos não se identifica prova cabal do elemento volitivo, ou seja, da inquestionável intenção de fraudar, nem a caracterização de qualquer ato ilícito utilizado pelo sujeito passivo tributário. Está caracterizado apenas, que a operação escolhida pelo sujeito passivo ao realizá-la sua reestruturação societária gerou uma redução em sua carga tributária. No entanto, limita-se a fiscalização a alegar que houve intuito de fraude, mas não especifica nenhuma conduta gravada juridicamente pela ilicitude, capaz de subsumir-se à situações delimitadas acima.

No caso concreto, como afirmado em item anterior, houve simulação. Simulação, no entanto, decorrente de uma reinterpretação da operação apresentada pelo sujeito passivo, revelando outra que teria sido encoberta, ou criada pela roupagem formal

constituída juridicamente por ele. Nota-se que não estamos diante de um ato enganoso realizado por meio de condutas ilícitas dolosamente tipificadas, a todo o instante o sujeito passivo age dentro da lei, interpretando-a a seu favor.

[...]

Diferente situação ocorre, no entanto, quando a operação é enganosa, realizada com dolo, com a utilização de meios ilícitos. Nestes casos, há suporte fático para aplicação da multa qualificada.

Entendo que aqui também se verifica a similitude fática em relação ao acórdão recorrido, uma vez que também se está tratando de ágio oriundo de operação entre empresas do mesmo grupo, considerado inexistente e com a utilização de empresa veículo. Contudo, a decisão recorrida adotou providência distinta, restabelecendo a multa qualificada com fundamento, inclusive, na existência de empresa veículo a evidenciar o dolo.

Com isso, está presente divergência de interpretação da legislação tributária quanto à aplicação do dispositivo legal que prevê a qualificação da multa de ofício.

Assim, entendo que os paradigmas apresentados são hábeis para estabelecer a divergência reclamada, pelo que o recurso deve ser admitido quanto a esse tópico.

4. Juros de mora sobre multa de ofício

A quarta divergência apontada pelo recorrente trata da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

A decisão recorrida entendeu que é cabível a exigência de juros moratórios sobre todos os valores lançados de ofício, nos seguintes termos (fls. 808):

Finalmente, retomando ao recurso voluntário, cumpre apreciar a irresignação da recorrente "contra a incidência de juros SELIC sobre os valores lançados de ofício pela Fiscalização". A interessada "contesta sua aplicação e requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal, tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário".

Por seu turno, o recorrente afirma que essa decisão contraria a jurisprudência do CARF, manifestada nos Acórdãos nº 1202-001.257 e nº 1202-001.109, os quais serão a seguir analisados.

O Acórdão nº 1202-001.257 adotou a seguinte ementa:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.

O Acórdão nº 1202-001.109 adotou a seguinte ementa:

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE – Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições.

A leitura dessas ementas já é suficiente para deixar clara a existência de divergência de interpretação da legislação tributária, resultando na necessidade de manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Conclusão

Por todo o exposto, opino no sentido de dar seguimento parcial ao recurso especial, reconhecendo-se apenas a divergência em relação à: ágio decorrente de operação entre partes relacionadas (item 1); qualificação da multa de ofício (item 3) e juros de mora sobre multa de ofício (item 4), em razão do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Cientificada, a PGFN apresentou contrarrazões (fls. 1.299/1.321). Não questiona o conhecimento recursal, pugnando pela manutenção da decisão recorrida nos exatos termos das contrarrazões ao recurso voluntário.

A contribuinte, por sua vez, apresentou Agravo (fls. 1.395/1.406) contra a inadmissibilidade da “matéria” (ii) *empresa veículo*, tendo sido este rejeitado pelo despacho de fls. 1.409/1.414.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo.

Passa-se a análise do cumprimento dos demais requisitos para o conhecimento recursal, os quais estão previstos no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), dispositivo este que transcrevo parcialmente a seguir:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

(...)

(grifamos)

Como se nota, o termo “especial” no recurso submetido à esta Instância Especial (CSRF) não foi colocado “à toa”, configurando-se, a toda evidência, uma espécie recursal específica, mais restrita do ponto de vista processual e dirigida a um Tribunal Superior que não deve ser confundido com uma “terceira instância”, justamente porque possui função institucional de uniformizar a jurisprudência administrativa.

É exatamente em razão dessa finalidade típica que o principal pressuposto para conhecimento do recurso especial é a demonstração cabal, por parte do recorrente, da efetiva existência de *divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e o paradigma*.

Consolidou-se, nesse contexto, que a comprovação do dissídio jurisprudencial está condicionada à existência de **similitude fática** das questões enfrentadas pelos arestos indicados e a **dissonância nas soluções jurídicas** encontrada pelos acórdão comparados.

Como, aliás, já restou assentado pelo Pleno da CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli², “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, inócurre, estar-se-ia a pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.

Feitas essas breves considerações, passaremos a analisar o conhecimento recursal a partir das matérias que foram admitidas em juízo prévio de admissibilidade.

Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas

De acordo com o voto condutor do acórdão ora recorrido (fls. 786/809):

(...)

O aspecto fundamental deste caso, a meu ver, é o fato de que a reorganização societária se deu internamente a um único grupo econômico, o Grupo UTC. Tudo derivou da alegada necessidade empresarial (do grupo UTC) de que o controle da EOL passasse do ramo estadunidense (LATAM) para o ramo francês (UTF) do grupo. Esse ponto foi ressaltado desde o lançamento, e foi mesmo o principal motivo para que o Fisco não aceitasse a amortização fiscal do ágio formado na operação, por se tratar de “ágio interno”, dentro de um mesmo grupo econômico.

A decisão de primeira instância entendeu que o ágio seria válido (muito embora viesse a concluir, por outras razões, por sua indedutibilidade para fins fiscais), posto que teria ocorrido um efetivo pagamento em valor superior ao valor patrimonial do investimento, suportado por laudo técnico.

Não é como penso.

O que macula toda a operação é o fato de que se deu internamente a um mesmo grupo econômico. Em assim sendo, não é a existência de um laudo que poderá validar o valor pago. Entendo que a existência de partes independentes e com interesses contrapostos é o que pode validar o laudo, posto que ambas as partes (independentes) o aceitam, uma para pagar, outra para receber. No caso sob análise, as partes não possuem independência, pois são ambas pertencentes ao mesmo Grupo UTC. Da mesma forma, o pagamento, embora não se discuta sua existência, foi feito do ramo francês para o ramo estadunidense do Grupo UTC, ou seja, não houve um efetivo desembolso, se considerarmos o grupo econômico como um todo, mas tão somente uma transferência de caixa. O dinheiro sai do bolso direito e entra no bolso esquerdo.

Em outras oportunidades já tive a oportunidade de me manifestar sobre a unicidade das legislações tributária e societária no que toca às definições pertinentes ao ágio. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77 define o ágio (ou deságio) como a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. A controvérsia surge quanto ao que seria o custo de aquisição aqui referido, em especial quando se cuida de operações societárias realizadas internamente a um grupo econômico.

¹ CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

² EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução 750/93, que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º (grifos não constam do original):

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**;*

[...]

Com base nesses princípios a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, ou seja, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum, *in verbis*:

"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." (Os grifos constam do original).*

A legislação tributária se integra e busca conceitos, portanto, na ciência contábil, pelo que não se pode aceitar que haja conceitos e efeitos distintos de ágio e de custo de aquisição para a contabilidade e para fins tributários. O custo de aquisição deve ser aquele resultante de efetivo desembolso (sacrifício patrimonial), em operação de mercado, em negócio realizado entre partes independentes. De forma alguma se há de admitir que a mera transferência de valores entre empresas do mesmo grupo possa representar algum sacrifício patrimonial, nem que o valor assim transferido seja representativo de uma operação em condições de livre mercado, ainda que, como no caso concreto, tenha sido suportado por laudo de avaliação. O registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se

relaciona a uma receita no futuro. Tenho por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente.

O seguinte excerto das contrarrazões apresentadas pela PGFN (fl. 756, grifos no original) segue essa mesma linha:

*Portanto, de acordo com a melhor doutrina sobre o tema, conclui-se que, **sem a aquisição de uma rentabilidade inédita não há como haver o registro contábil de um ágio**, e, assim, ter a sua amortização. **Em termos econômicos**, o registro de um ágio se justifica em face da **aquisição pela empresa de uma riqueza que antes ela não tinha**. Por exemplo, no caso do ágio pautado na rentabilidade de um investimento, **a razão econômica que justifica o seu registro é o fato de a investidora ter adquirido um fluxo futuro que antes ela não possuía**. Assim, de acordo com a Lei nº 9.532/1997, ao adquirir uma **rentabilidade que antes pertencia a terceiros**, o correspondente ágio poderá ser deduzido caso a pessoa jurídica detentora de tal rentabilidade incorpore (ou seja incorporada pela) sua adquirente. Dessa forma, a dedutibilidade do ágio é pautada na **presunção da perda da rentabilidade adquirida de terceiros**.*

*Vale ressaltar, por oportuno, que tal exigência não necessita estar prevista em lei, **pois decorre do próprio conceito de aquisição**. Isso porque, caso a rentabilidade (ou outro fundamento econômico de um ágio) adquirida por uma empresa não seja de terceiros, **será dela mesma**, e sendo própria não há como haver aquisição, pois **não é possível alguém adquirir algo que já é seu**.*

No caso concreto, como visto, as operações societárias foram integralmente realizadas dentro do grupo econômico (Grupo UTC), em curto espaço de tempo, com transferência de valores entre empresas do grupo, sendo que, ao final das operações, alcançou-se um alegado objetivo empresarial (mudança do controle da EOL do ramo estadunidense para o ramo francês). A única outra alteração foi a apropriação e amortização de “*ágio*” e consequente redução do resultado tributável da EOL. O “*ágio*” assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Não se pode admitir que o cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa.

Em seu recurso voluntário, a interessada trata extensamente de aspectos relacionados à “*ausência de propósito negocial*”. Nesse contexto, afirma que o parágrafo único do art. 116 do CTN não se encontra regulamentado, pelo que não seria possível a desconsideração de uma operação legal unicamente por conta de suas motivações econômicas. Reafirma que, no caso concreto, haveria, sim, propósito negocial.

De se observar que a questão do “*propósito negocial*”, embora tenha sido abordada no lançamento (ao lado da invalidade do ágio formado intragrupo), e também tratada pelo acórdão recorrido, perde relevância diante da linha de raciocínio aqui delineada. Se há um propósito negocial do grupo empresarial para a reorganização societária levada a efeito, isso não afasta a artificialidade do ágio formado, nas condições aqui descritas. Não se trata de aplicação do § único do art. 116 do CTN, mas do não reconhecimento dos efeitos fiscais de um ágio formado em desacordo com princípios contábeis e com as normas tributárias.

A artificialidade demonstrada se estende à posterior incorporação da EHL pela EOL, que teve por finalidade exclusiva permitir o aproveitamento fiscal do ágio. Se a própria formação do ágio não se revelou correta, eventos posteriores não poderiam corrigir erros anteriores. (...)

Como se nota, a decisão recorrida fundamentou a manutenção da glosa da dedução do ágio ora analisado exclusivamente em razão de sua origem ter se dado dentro de um mesmo grupo econômico. Nas palavras do voto condutor do Aresto, repita-se, o *aspecto*

fundamental deste caso, a meu ver, é o fato de que a reorganização societária se deu internamente a um único grupo econômico, o Grupo UTC.

O segundo paradigma (Acórdão nº **1302-002.060** – fls. 1.017/1.043), por sua vez, realmente se manifestou em sentido oposto, sendo que já na sua ementa há claros sinais da divergência alegada. Veja-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA- IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

(...)

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

Isso se confirma no voto condutor, do qual transcrevo as seguintes passagens:

(...)

No âmbito da legalidade, então, não havia nenhuma restrição ao aproveitamento do ágio em relação a operações efetuadas com partes relacionadas, até o advento da Lei nº 12.973/2014, o que admitia o ágio gerado no mesmo grupo econômico.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a oposição ao ágio interno possui raízes vinculadas na contabilidade. Isto porque, o ágio, como o mais intangível dos intangíveis, por implicar uma grande dificuldade de mensuração, fez com que a teoria contábil apenas admitisse seu reconhecimento quando decorrente de uma negociação de mercado ("*at arm 's lenght*"), e não conhecesse daquele ágio avaliado no interior de um grupo econômico.

Outrossim, diferentemente do que consta na decisão recorrida, entendo que, o fato de a Lei nº 12.973/2014 proibir, expressamente, a dedutibilidade do *goodwill* surgido em operações societárias realizadas entre partes dependentes, **confirma** que, sob a égide da legislação tributária anterior, não era proibida a amortização do ágio gerado entre partes dependentes.

Isto porque, não obstante a inexistência de restrição pela lei vigente à época, a lógica, permite o seguinte raciocínio: se lei nova vem impor uma restrição a um evento já regulado por outra lei anterior, conclui-se que antes da referida restrição entrar em vigor, a conduta era permitida; pois a hermenêutica impõe que a lei não possui palavras inúteis - *verba cum effectu sunt accipienda*.

Ressalta-se que, como afirmam Sacha Calmon e Eduardo Junqueira (O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. p. 91), "a finalidade da contabilidade é expressar de forma fidedigna a realidade patrimonial da entidade ou de um grupo de empresas (por meio de balanços consolidados ou de outra técnica de consolidação), enquanto o Direito Tributário se presta a outros fins, não havendo sentido em se igualar o tratamento contábil do ágio ao tributário, se a lei tributária criou um conceito autônomo, com efeitos próprios".

Desta feita, aqui deve-se reconhecer o distanciamento entre a teoria contábil e a tributária pois, embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária, como exige o art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

(...)

Portanto, na legislação tributária aplicável vigente à época, denota-se não haver qualquer distinção entre o ágio gerado entre partes independentes e aquele ocorrido dentro de um mesmo grupo econômico, o que autoriza a apuração de ágio nos casos de incorporações ocorridas antes da entrada em vigor da Lei 12.973/2014.

Como se vê, há evidente similitude fático-jurídica entre os Arestos comparados, além do que me parece que os fundamentos invocados nesse *segundo paradigma* de fato reformariam a decisão ora recorrida no que diz respeito à glosa do *ágio interno*.

Conheço, portanto, da matéria *ágio decorrente de operação entre partes relacionadas*.

Da multa qualificada

Nesse ponto, considerando que não houve questionamento pela parte recorrida quanto ao seguimento do recurso, por concordar com o juízo prévio e apoiado no permissivo previsto no §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99³, conheço do presente recurso com base no despacho de admissibilidade de fls. 1.288/1.297.

Juros sobre a multa de ofício

Nos termos do artigo 67, § 3º, do Anexo II do RICARF, não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

Dessa forma, e diante do que dispõe a **Súmula CARF nº 108** (*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício*), não conheço do recurso especial no tocante a essa matéria.

Mérito

Ágio decorrente de operação entre partes relacionadas

Por questões de objetividade e clareza, cumpre esclarecer que, antes de enfrentar o mérito da controvérsia propriamente dita, trataremos dos aspectos gerais do tratamento fiscal aplicável às despesas com amortização de ágio.

Muito embora a Lei nº 9.532/1997 tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal do

³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

ágio lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda *insegurança jurídica*, não só pela instabilidade da jurisprudência administrativa, mas também pela sucessão de teses, rótulos e preconceitos em torno da natureza jurídica do ágio e seu consequente tratamento fiscal.

De acordo com Marcos Lisboa e Vanessa Canado⁴:

Existem três mitos sobre o ágio. O primeiro está relacionado à intenção do governo ao permitir a dedução fiscal com a publicação da Lei 9.532 em 1997. Muitos textos, debates e até decisões do Carf parecem supor que o ágio foi estabelecido para estimular as privatizações dos anos 90, afinal representaria uma vantagem adicional de 34% para o comprador.

Apesar da coincidência entre o período da publicação da lei e as privatizações, a exposição de motivos do Ministério da Fazenda faz referência a outra razão: regular a utilização do ágio tendo em vista os planejamentos tributários decorrentes da aquisição de empresas deficitárias. É provável que a referência seja às operações feitas com base no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, que permitiam dedução integral e imediata, como perda de capital, da diferença entre o valor de aquisição e o acervo líquido da empresa incorporada. Pela exposição de motivos, o ágio nunca esteve restrito às privatizações e foi criado para mitigar um planejamento tributário considerado “não ortodoxo”.

O segundo mito é o de que o ágio é um benefício fiscal. Essa afirmação surpreende, já que ele foi criado para mitigar planejamentos tributários, além de desconsiderar que o ágio compõe o preço de venda, e deveria ser tributado pelo ganho de capital.

Independente disso, a aquisição de participações em empresas pode ser vista e regulada como qualquer outro investimento. Comprar uma participação societária não deveria ser mais ou menos oneroso do que comprar uma máquina ou outro ativo não-circulante. Os valores pagos pelas máquinas são deduzidos pelo seu prazo de vida útil, via depreciação, e aqueles pagos pelos intangíveis, pelo prazo de utilização do direito.

O ágio, entretanto, possui uma particularidade, pois não se relaciona a um ativo com prazo de vida útil definido. Seu fundamento é a expectativa de rentabilidade futura da investida, decorrente, por exemplo, de ganhos de sinergia. Nesse caso, qual o prazo para amortizá-lo? Existem dois caminhos: amortização por um prazo prefixado ou impossibilidade de amortização.

Antes de 2009, a regra contábil utilizava o primeiro caminho. A amortização do ágio era feita no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, observado o máximo de 10 anos. As regras tributárias também seguiram esse caminho a partir de 1997, com a Lei 9.532 permitindo a dedução em 5 anos.

A partir de 2009, com a adoção do IFRS, esse caminho foi abandonado pela contabilidade e o ágio (goodwill) não pode mais ser amortizado. A legislação tributária não alterou a opção pela dedução em 5 anos na reforma preparada especificamente para tratar das diferenças entre o novo padrão contábil (IFRS) e as normas tributárias (Lei 12.973/14).

O terceiro mito é o de que o ágio beneficia o comprador, em razão da dedução de parte do preço pago na apuração do lucro tributável. Juridicamente, essa é a premissa que justifica as autuações. Esqueceram de combinar com a economia.

Em um mercado competitivo, qualquer vantagem previsível que decorre da compra está embutida no preço de venda, como o ativo fiscal de 34% do ágio. O benefício, portanto, é apropriado pelo vendedor, e não pelo comprador. O comprador pagou o preço acordado e realiza o investimento pelo prazo legalmente definido. No caso das privatizações, o beneficiário, a propósito, era o próprio Estado.

Pode-se alterar a norma legal do ágio e impedir a sua dedutibilidade. A conta não será paga pelo comprador, mas pelo vendedor, com o menor preço de venda.

⁴ Artigo “Três mitos sobre o ágio em aquisições”, publicado no Valor Econômico de 2 de Julho de 2018.

Não somos um país pobre à toa. A incerteza sobre a regra para o aproveitamento do ágio decorrente do vai-e-vem da jurisprudência e as interpretações equivocadas sobre os seus beneficiários ilustram o imenso esforço que fazemos para prejudicar o ambiente de negócios e a geração de renda.

Pois bem.

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Com base no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição⁵.

É importante notar, logo neste início de exposição, que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77⁶, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Note-se, aqui, que foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do método de equivalência patrimonial (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previam o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem – que:

§ 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;

⁵ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

⁶ Artigo 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 seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

- 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.

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, da *mais valia*) em função do seu fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme prescrição dos artigos 25, 31, 33⁷ e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

Artigo 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.

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Artigo 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.

(...)

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

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

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

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

⁷ Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

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

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

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

Provavelmente porque a parte do preço representado pelo ágio não estaria sujeito às flutuações inerentes ao MEP, o Legislador entendeu necessária a atribuição **subjéctiva** de uma razão econômica distinta do valor patrimonial da empresa adquirida. Daí falar-se novamente em *ágio fiscal*, que não necessariamente corresponde ao *ágio contábil*.

Verifica-se, contudo, que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte pessoa jurídica já estava sujeito ao comando legal que determinava a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Ao contrário, então, do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decréscimo patrimonial) quando da liquidação do investimento.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da *incorporação reversa* de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), reitera-se que este até então não tinha influência no seu tratamento fiscal, uma vez que a norma fiscal vigente até a edição da Lei nº 9.532/1997, conforme visto, não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei daquele época determinava, reitera-se, era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o **valor contábil** das ações ou quotas e o **valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado**.

Em outras palavras, independentemente da razão econômica do ágio, o Decreto-Lei n. 1.598/77 permitia a sua dedução imediata após a liquidação do respectivo investimento por incorporação, limitada à diferença entre o seu valor contábil e o valor do acervo líquido absorvido da investida avaliado a mercado (e não a valor contábil⁸).

Naquela sistemática, nota-se que a perda de capital dedutível era objetiva e influenciada diretamente pelos bens recebidos pela sucessora, que deveriam ser avaliados a mercado no momento de calcular o valor do acervo líquido, valor este que figurava como redutor no cálculo da perda de capital dedutível. Por isso a irrelevância do fundamento do ágio para fins tributários naquele momento, afinal existia regra própria de avaliação a preço de mercado do acervo líquido pela própria norma fiscal.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997⁹, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, *in verbis*:

Artigo 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 1977¹⁰: (grifamos)

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;

⁸ O Parecer Normativo CST n. 51/1979, aliás, confirmou que a dedução imediata apenas se aplicava aos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades cujo valor do acervo líquido fosse avaliado a valor de mercado.

⁹ Da exposição de motivos da Medida Provisória (publicada no Diário do Congresso Nacional de 02.12.1997 (páginas 18.021/18.023) extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

(...)

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

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

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

¹⁰ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

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.

Artigo 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.

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na outra* ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, **ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.**

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base

no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado¹¹), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na *incorporação direta*, mas também na *incorporação reversa*.

Em outras palavras, o artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 reconheceu o direito da empresa que **detém** investimento adquirido com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento. O artigo 8º, por sua vez, estendeu este direito à empresa investida, quando da incorporação da detentora.

E nos termos do § 3º do artigo 20 em questão, antes de sua alteração pela Lei n. 12.973/2014, a razão (ou motivo) do ágio deveria ser objeto de *demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*.

Sobre a dinâmica do ônus da prova quanto à comprovação do fundamento econômico do ágio à luz do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, leciona Ricardo Mariz de Oliveira¹² que:

... não há qualquer outra regra legal nem regulamentar quanto ao meio de comprovação do fundamento do ágio ou deságio, o que deixa a prova para ser feita pelo contribuinte através da “demonstração” preconizada pelo Decreto-lei n. 1.598, sendo-lhe inexigível prova por qualquer outra forma.

(...)

Por isso mesmo, dentro da sistemática do Decreto-Lei n. 1.598, para o art. 20 é suficiente que o fundamento do ágio ou deságio seja “baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”, no que o legislador tributário de 1977 mostrou grande sensibilidade e percepção da realidade que estava disciplinando, por ser uma realidade que se funda em fatores de ordem subjetiva, exclusivamente ou não.

Mas isto não significa que o contribuinte tenha como que uma palavra final e incontroversa sobre a verdade do fato fundamental do ágio ou deságio, pois é sua a vontade de pagar mais ou menos por esta ou aquela razão econômica (portanto, para estabelecer o fundamento do ágio ou deságio), e ela pertence ao seu mundo interior e subjetivo, mas a sua comprovação no mundo exterior das relações jurídicas, para ser crível e ter validade jurídica, depende de demonstração comprobatória.

Mesmo porque, como é inevitável nas relações jurídicas, o contribuinte não está livre de contestação pelo Fisco, não tanto (ou não apenas) quanto à sinceridade da sua afirmação de vontade subjetiva, mas também (ou principalmente) quanto à acuidade dos cálculos para determinação do ágio ou deságio.

Deste modo, o Fisco tem o direito à conferência do ágio ou deságio e do seu fundamento econômico, da mesma maneira que ele tem direito de conferir tudo o mais que conste da escrituração contábil, o que muitas vezes importa, e indagar aspectos da vontade do contribuinte.

¹¹ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

¹² "Os motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária". In: Direito Tributário Atual nº 23. Páginas 465, 471 e 472.

Esse direito não lhe é recusado sequer pelos parágrafos do art. 9º do Decreto-Lei n. 1.598, dos quais, neste particular, se sobressai o parágrafo 2º, ao imputar à autoridade administrativa o ônus da prova da inveracidade dos fatos contabilizados com base em documentação hábil, que no caso é a multireferida “demonstração”.

Havendo tal “demonstração”, a contraprova fiscal, que é mais simples quanto ao valor do ágio ou deságio, pois se resume à mera comparação entre o custo da aquisição da participação societária e o seu valor patrimonial contábil, torna-se, contudo, mais complexa quanto à conferência do fundamento econômico do ágio ou deságio, principalmente em virtude dos efeitos fiscais das suas amortizações (inclusive, quando for o caso, das suas depreciações ou exaustões), as quais são efeitos derivados da decomposição do custo de aquisição e dependem do verdadeiro fundamento do ágio ou deságio.

Neste aspecto, o Fisco conta com o art. 148 do Código Tributário Nacional – CTN, que lhe garante o direito de discordar dos valores que não mereçam crédito, embora também assegure ao contribuinte o direito de defesa, chegando o tribunal administrativo ou judicial a um veredicto por via de avaliação contraditória.

De fato, a legislação tributária não trouxe detalhes sobre a forma de “demonstração” do ágio, nem sobre o seu arquivamento. Na ausência, então, de prescrição em lei (e, inclusive, em regulamentação infralegal sobre o tema), forçoso concluir que o contribuinte tinha plena liberdade para elaborar essa demonstração da forma como lhe parecer mais adequado, mas desde que indique com clareza o critério de cálculo que norteou a avaliação, seja da expectativa de resultados futuros do investimento que motivou o ágio, seja de outro motivo.

No caso de *expectativa de rentabilidade futura*, ordinariamente esses demonstrativos costumam ser preparados com base em projeções de fluxo de caixa descontado, evidenciadas em estudos econômicos internos ou por meio de laudos de empresas de auditoria ou terceiros especialistas, critério este inclusive que corresponde a metodologia comum de se proceder a um *business valuation* e que realmente revela-se suficiente para atender a lei, permitindo inclusive que o fisco, em caso de discordância com os dados apresentados, questione o cálculo elaborado, notadamente quando levantar suspeitas de manipulação ou distanciamento com condições reais de mercado.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, que conferiu o direito de dedução nas hipóteses legais dos artigos 7º e 8º, a figura do “ágio” foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas, ilícitas ou simuladas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

Como pontua Valter Lobato¹³:

É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

¹³ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

O Legislador, aliás, em momento posterior (mais precisamente com a edição do art. 36 da Lei nº 10.637/2002¹⁴) inclusive permitiu o diferimento da tributação do ganho de capital relativo a resultados positivos decorrentes de alienação de investimento por integralização com ações de outras empresas, lei esta que claramente acabou induzindo a criação de uma espécie específica de *ágio interno* na outra ponta (no subscritor), em operações que poderiam até mesmo ser vistas como meras *reavaliações de ativos*, caso não tivessem sido expressamente autorizadas.

Ocorre que, não obstante a generalidade e amplitude da norma de dedução do *ágio* na referida legislação tributária, a crescente utilização do seu aproveitamento fiscal chamou a atenção das autoridades fiscais, que na realidade reagiram com um verdadeiro “caça as bruxas” às operações com *ágio*, passando a autuar os contribuintes muitas vezes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, em muitos casos, a estrutura societária adotada pelos contribuintes encontrava amparo na própria lei de regência.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o *ágio* nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não deveriam prevalecer ante os princípios da estrita legalidade e segurança jurídica.

Por mais *apaixonantes* que possam ser os rótulos e argumentos contrários à dedução fiscal do *ágio*, ou por mais *justas* que sejam as normas regulatórias acerca do registro do *ágio* pra fins contábeis, não se pode perder de vista que há todo um regime jurídico-tributário específico sobre o tema, regime jurídico este que, inegavelmente, deve prevalecer em um autêntico Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, cumpre observar que foi apenas dentro do contexto da convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, que o *ágio* por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) passou a ser necessariamente *residual* e não mais sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

Esse regramento contábil, todavia, acabou sendo incorporado, ou melhor, regulamentado pela legislação tributária apenas com o advento da **MP 627/2013**, convertida na **Lei nº 12.973/2014**, lei esta que, agora sim buscando uma maior aproximação aos contornos contábeis, alterou as regras fiscais previstas no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, de modo a

¹⁴ Assim dispunha o artigo 36, revogado pela Lei n. 11.196/2005:

"Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor da integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§1º - O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I – na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II – proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título".

não mais permitir a dedução do dito *ágio interno*, proibição esta que não atinge os fatos geradores contemplados nesse caso concreto tanto por expressa previsão na lei quanto em face do princípio da irretroatividade.

Feitas todas essas considerações, passaremos agora a analisar se os argumentos contidos na acusação fiscal e no acórdão recorrido, que levaram a glosa da dedução fiscal do ágio nessa situação particular, se sustentam diante da legislação aplicável (artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97).

Mais precisamente, dois foram os fundamentos que negaram a dedução fiscal do dito ágio interno: **(i)** que a operação em apreço careceria de *propósito negocial*; e **(ii)** que o registro do ágio, em sentido oposto ao que foi apontado no laudo de avaliação do investimento, não implicaria em custo (*custo zero*) ante a ausência de *sacrifício patrimonial*, afinal trata-se de *ágio interno*, inaceitável do ponto de vista contábil, do que decorreria a sua *inaceitabilidade* para fins tributários.

Quanto ao item **(i)** – matéria que na realidade já se encontra superada nesse contencioso -, não se pode perder de vista que o Governo buscou “incorporar” não só a *teoria do propósito negocial*, mas também a do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002¹⁵. No entanto, essa previsão foi rejeitada pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

E ainda que assim não fosse, o que admitimos *ad argumentandum*, restou demonstrado que a EHL mostrou-se necessária por razões empresariais envolvidas no processo de reorganização global do Grupo UTC, com o objetivo de transferir o controle direto das participações detidas em subsidiárias estrangeiras controladas pelo braço americano da Grupo UTC para sociedades não constituídas nos EUA, circunstância esta que não passou despercebida na decisão recorrida, quando reconhece expressamente que:

No mérito, a discussão gira em torno da possibilidade, ou não, da amortização fiscal de ágio pela interessada. Como sucede em situações semelhantes, o perfeito entendimento dos fatos é crucial para que a decisão a ser tomada venha a ser a melhor possível, em conformidade com a lei. Desta forma, resumo, a seguir, o que me parece o essencial.

- Originalmente, a ora recorrente Elevadores Otis Ltda. (EOL), sediada no Brasil, era controlada (99,99%) pela Latin American Holding, Inc. (LATAM), sediada nos EUA. Por sua vez, a LATAM pertencia ao grupo econômico United Technologies Corporation (UTC), também sediado nos EUA.

¹⁵ Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

- A reorganização societária discutida nos presentes autos se insere no contexto de uma reorganização mundial levada a efeito pelo Grupo UTC. Em especial, se desejava que a EOL não mais estivesse ligada ao ramo estadunidense (leia-se, LATAM) do grupo, transferindo seu controle para o ramo francês. Essa intenção está presente ao longo de todo o processo, sendo francamente admitida pela interessada desde a fase procedimental, na impugnação e novamente no recurso voluntário.

- Para isso, a United Technologies France (UTF), sediada na França, holding francesa do grupo UTC, constituiu no Brasil a Elevadores Holdings Ltda. (EHL).

- A participação de 99,99% do capital social da EOL foi transferida da LATAM (alienante) para a EHL (adquirente). Nesse momento (07/10/2003) é que se formou o ágio discutido no presente processo, posto que o valor pago (equivalente a US\$151.050.451,00) era superior ao valor de patrimônio líquido do investimento transacionado.

- O valor pago foi suportado, à época, por laudo de avaliação com base na expectativa de rentabilidade futura da EOL.

- Na sequência, a EOL (investida) incorporou a EHL (investidora) em 26/11/2003. A partir desse momento, a EOL passou a estar sob controle direto da holding francesa (UTF) do Grupo UTC.

- O ágio passou a ser amortizado pela EOL, com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

(...)

De se observar que a questão do “*propósito negocial*”, embora tenha sido abordada no lançamento (ao lado da invalidade do ágio formado intragrupo), e também tratada pelo acórdão recorrido, perde relevância diante da linha de raciocínio aqui delineada. Se há um propósito negocial do grupo empresarial para a reorganização societária levada a efeito, isso não afasta a artificialidade do ágio formado, nas condições aqui descritas.

(...)

Superado, então, o tema do *propósito negocial*, passa-se a apreciação da questão central, esta sim a matéria que *subiu* para esta Instância Especial, qual seja, a possibilidade ou não de amortização fiscal de *ágio interno* à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Aos olhos do acórdão recorrido, a amortização fiscal do ágio ora tratado, conforme visto, deveria seguir as regras contábeis, regras estas que nunca teriam admitido a apropriação de despesas com o dito “*ágio interno*”.

De fato, o silogismo empregado no acórdão recorrido foi o seguinte: considerando que a legislação fiscal teria tratado a figura do ágio por uma espécie de remissão ao regramento contábil, e a contabilidade não aceita ágio gerado em operações intragrupo, não há que se falar em despesa com ágio, sendo correta a glosa levada a cabo pela fiscalização.

Com o devido acatamento, nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, alguns *detalhes* da maior relevância. Além do que, ao contrário do que quer fazer crer o acórdão ora recorrido, existiam casos em que a própria contabilidade aceitava, sim, a figura do *ágio interno* como apto ao registro de despesa, (i) há um conceito próprio de *ágio fiscal*, autorizando sua apuração em operações ocorridas dentro de um grupo econômico sem que haja demonstração de *simulação* ou *ilicitude*; e (ii) a vedação ao “*ágio interno*” somente ocorreu no Direito Tributário com a Lei nº 12.973/2014, lei esta que não atinge os fatos geradores aqui tratados (2009 e 2010).

A propósito, em artigo intitulado *Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" e Ágio Interno com causa ou Real - Distinções Necessárias*, o ex-Conselheiro Marcos Shigueo Takata¹⁶ esclarece que:

(...)

2. De plano, pois, o que afirmamos é que nem todos os ágios internos têm a mesma *essencia negotii* – há ágios internos e “ágios internos”.

3. É fundamental se evitar a generalização, sendo tão indispensável quanto necessária a distinção entre os ágios internos, principalmente no plano jurídico-tributário: não se podem colocar os ágios internos todos numa “vala comum”.

(...)

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

(...)

5.12. Quer dizer, não se pode fazer uma leitura “rasa”, literal, sem ponderação e análise do caso concreto, das considerações feitas no Ofício-circular CVM/SNP/SEP 1/2007.

5.13. Aliás, o exemplo colocado pelos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior no descrito estudo é justamente de ágio gerado internamente sem pagamento de preço, gerado na conferência ao capital pela controladora à sua controlada, e sem a presença de minoritário.

(...)

9.5. Se a mais-valia gerada pela C, pela D e pela B tivesse sido tributada por elas, como ganho de capital, a situação seria diferente.

9.6. Aí o ágio na empresa A passaria a ter causa. Se tributada a mais-valia gerada internamente, mesmo sem pagamento de preço, não haveria como se falar em falta de causa ao ágio interno, na esfera jurídico-fiscal. A efetividade e significado econômicos do ágio gerado internamente sem pagamento *seriam conferidos pela própria tributação da mais-valia (ágio)*. Não haveria como se recusar legitimidade a esse ágio, para efeitos fiscais (dedutibilidade, considerando-se que o fundamento da mais-valia gerada seja a rentabilidade futura esperada). Aí o ágio seria com causa ou efetivo.

(...)

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

Também a própria doutrina contábil, de onde as r. autoridades fiscais não raramente costumam buscar elementos para refutar a validade *per se* de ágio gerado entre partes relacionadas, admite que o “ágio interno” deve ser tratado da mesma forma que ágios decorrentes de transações realizadas com partes não-relacionadas para fins fiscais. É justamente o que concluíram Eliseu Martins e Jorge Vieira Costa Júnior¹⁷, quando assim se manifestaram:

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente,

¹⁶ In: Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). São Paulo: Dialética. 2012. P. 194/214.

¹⁷ COSTA JÚNIOR; Jorge Vieira; 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>. Acesso em 18.4.2014.

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.
Grifamos

A premissa, então, de que à época das operações societárias em tela (2003) a existência de despesa de registro de *ágio interno* seria proibida sob o enfoque contábil é *no mínimo duvidosa*, para não dizer *equivocada*.

Seja como for, a vedação de registro e consequente amortização contábil de *ágios internos* na escrituração, na realidade, ocorreu de fato a partir de 2010, em especial com o CPC 15, normativo este elaborado no contexto do processo de conversão, iniciado a partir da edição da Lei nº 11.638/2007, das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais – *IFRS*, justificando-se em razão de seu escopo passar a ter como foco a elaboração de balanços consolidados.

As demonstrações contábeis, até então diretamente influenciadas pela legislação tributária, passaram a ter como objetivo “*fornecer informações contábil-financeiras acerca da entidade que reporta a informação*” (OB2 do CPC 00 – Estrutura Conceitual) através das informações contábeis **consolidadas** da entidade. Nesse particular, o Item 10 do CPC 26 (Demonstrações Consolidadas) inclusive esclarece qual o conjunto completo de demonstrações contábeis que devem ser apresentados pelas companhias brasileiras (balanço patrimonial, demonstração do resultado, dentre outras), sem fazer nenhuma referência à elaboração de balanços individuais.

Ocorre que, diferentemente de outras jurisdições, as normas fiscais brasileiras exigem a elaboração de demonstrações contábeis individuais para fins de cálculo e apuração dos tributos devidos, o que significa dizer que o tratamento tributário das entidades brasileiras está diretamente ligado aos **balanços individuais**. Tanto é assim que o Brasil, para fins de apuração do Lucro Real e base de cálculo da CSLL, sempre tomou (e continua tomando) cada sociedade como uma entidade própria, e não todo o grupo econômico como um único contribuinte fosse.

Nos termos da Lei nº 6.404/76 (“Lei das S.A.”), mesmo que uma sociedade faça parte de um grupo econômico, essa sociedade ainda assim deverá levantar balanços de forma individualizada¹⁸, demonstrando os seus resultados à luz das efetivas operações por ela realizadas, inclusive com partes vinculadas¹⁹.

Ainda sob o ponto de vista comercial, chama atenção que a legislação brasileira impõe o dever de partes relacionadas transacionarem sempre em bases comutativas, como se terceiros independentes fossem²⁰.

¹⁸ Esses balanços individuais, reitera-se, são o ponto de partida para o cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL de cada sociedade, conforme determina o artigo 248 do RIR: “Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).”

¹⁹ As demonstrações financeiras consolidadas previstas no artigo 249 da Lei das S.A., na verdade, têm apenas efeitos acessórios às demonstrações financeiras individuais da sociedade, servindo como uma espécie de complemento à divulgação, mas sem implicar quaisquer efeitos contábeis e societários.

²⁰ Nesse sentido dispõe o artigo 245 da Lei das S.A.: “Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações

Também a legislação fiscal brasileira, reconhecendo a possibilidade de partes relacionadas transacionarem a mercado como se fossem partes independentes, prevê diversos tratamentos específicos para disciplinar essas relações em bases comutativas, como se praticadas entre partes absolutamente independentes, podendo ser citados como exemplo os casos de *Preços de Transferência, Distribuição Disfarçada de Lucros, Interdependência e Subcapitalização*.

Nem na hipótese de incorporação, fusão ou cisão é permitida a compensação de prejuízos fiscais da empresa sucedida, como prevê o art. 514 do RIR/99: *a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida*.

Não havendo, então, norma proibitiva, do ponto de vista tributário operações de aquisição e incorporação realizadas entre empresas independentes, ainda que dentro do mesmo grupo econômico, salvo quando demonstrado eventual vício quanto às bases comutativas usadas como parâmetro entre as partes, sempre se sujeitaram a reconhecimento de ágio, deságio e seus respectivos efeitos (adição ou exclusão) na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Nesse caso concreto, ainda chama atenção que restou demonstrado que a Recorrente, desde o início da fiscalização, sustentou que a fim de se assegurar quanto ao efetivo atendimento aos parâmetros *arm's length* pelos quais obrigatoriamente a alienação da participação societária em questão deveria ser realizada, o grupo Otis contratou estudo independente de empresa especializada, a Standard & Poors, que preparou uma avaliação do valor de mercado da Recorrente, com base em uma estimativa de sua rentabilidade futura, utilizando-se para tanto o método do fluxo de caixa descontado (fls. 573/606).

Tal avaliação, na linha também do que sempre argumentou a contribuinte, teria sido feita em condições de mercado (*arm's length*) inclusive porque as empresas americanas seriam obrigadas, pela legislação daquele país, a efetuar alienações a valores de mercado, seguindo as regras de preços de transferência, como determinado expressamente pela "*Treasury Regulation*" 1.482-1(b)(1) acima transcrito e pela Section 482 do "*Internal Revenue Code*".

Além disso, salta aos olhos que na operação de aquisição houve a efetiva transferência de recursos (ou seja, pagamento do preço), bem como que houve apuração de ganho de capital tributável pelos vendedores, que efetuaram o pagamento do imposto de renda no valor de R\$ 49.173.870,52 (cf. fls. 607).

Ora, que despesa artificial seria essa que enseja um imediato recolhimento de IR dessa magnitude? A dúvida paira no ar...

O Colegiado *a quo*, na verdade, simplesmente considerou irrelevantes tanto a avaliação da investida a mercado (avaliação esta que justamente gerou o ágio para a parte compradora) quanto à tributação do ganho de capital na ponta dos alienantes. Em suas palavras (fls. 881):

O acórdão embargado tratou a matéria nos seguintes termos (fls. 804/807, grifos não constam do original):

(...)

O que macula toda a operação é o fato de que se deu internamente a um mesmo grupo econômico. Em assim sendo, não é a existência de um laudo que poderá validar o valor

entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo."

pago. Entendo que a existência de partes independentes e com interesses contrapostos é o que pode validar o laudo, posto que ambas as partes (independentes) o aceitam, uma para pagar, outra para receber.

(...)

Como se vê, omissão não houve. Todos os aspectos trazidos pela embargante foram analisados pela Turma, embora com conclusões diversas daquelas pretendidas pela então recorrente. Examinou-se a legislação pertinente à dedutibilidade da amortização de ágio, nas condições do caso concreto, chegando-se à conclusão de que esse ágio seria indedutível, conforme acima. Não foi considerada relevante, para os lançamentos discutidos neste processo, a contribuição de bens a valor de mercado nem a apuração de ganho de capital pela alienante da participação societária.

De igual forma, a existência de dispositivos em legislação alienígena (ou mesmo nacional) que obrigariam negociações em bases comutativas não afastam o fato de que quem decide por quanto quer vender o investimento é o mesmo grupo econômico que decide quanto se dispõe a pagar. Em outras palavras, negociação em condições de livre mercado não houve, principal fundamento adotado pelo Colegiado para negar dedutibilidade à amortização do ágio gerado em tais condições. *Grifamos*

Como se vê, na decisão ora recorrida prevaleceu o entendimento de que toda e qualquer despesa de ágio gerado dentro de um grupo econômico, independentemente da existência de laudo que ateste a expectativa de rentabilidade futura mediante avaliação a mercado, e mesmo que diante da existência de pagamento do preço com a consequente tributação de ganho de capital, deve ser considerada indedutível para fins fiscais, como aparentemente entenderia a ciência contábil.

Com a devida vênia, esse entendimento não deve prevalecer, sob pena de não só permitir a criação de uma condenável presunção absoluta, como também de contrariar não só a literalidade, mas também o conteúdo do texto legal (no caso, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, vigente à época dos fatos geradores) e sua integração com a técnica de tributação individual que sempre vigorou no âmbito do IRPJ e Reflexos.

Nesse estado de coisas, é preciso pontuar, primeiramente, que houve, sim, por ocasião da compra da participação societária, efetivo sacrifício sob a órbita do patrimônio da entidade adquirente, sacrifício este que evidentemente atingiu diretamente seu resultado contábil do período. A efetiva transferência de recursos, somada ao recolhimento no Brasil dos tributos incidentes sobre o respectivo ganho de capital pelos vendedores, reforçam esta afirmativa.

Em segundo lugar, entendo que a escrituração do ágio, somado a sua demonstração com base no mencionado laudo, fazem prova a favor da contribuinte não só com base nos referidos dispositivos legais (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), mas também em face do que prescreve o art. 9º, do Decreto-lei nº 1.598/77²¹.

²¹ Art 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração.

Para valer sua tese em prol da glosa, deveria ao menos a Fiscalização contrapor os dados ou conclusão do laudo de avaliação que deu suporte à escrituração do ágio, seja alegando eventuais vícios ou equívocos concretos que o tornariam imprestável em seu conteúdo, seja demonstrando eventual simulação, mas nada disso foi feito, o que contamina a autuação fiscal em face do *critério jurídico empregado*.

É aqui, nesse ponto, que repousa o grande equívoco na premissa que norteou o trabalho fiscal, e que acabou sendo equivocadamente amparada pelo acórdão recorrido: o de simplesmente negar o direito de deduzir o ágio pelo simples rótulo dele corresponder a um *ágio interno*.

E ao contrário do que foi considerado, o tratamento contábil do ágio em tela, que na verdade no mínimo era duvidoso á época, jamais poderia interferir no direito de sua dedução fiscal. *Uma coisa é uma coisa; outra coisa é outra coisa*.

Como bem notou a Cons. Livia De Carli Germano em declaração de voto apresentada no Acórdão nº **9101-005.778**, precedente este que analisou justamente o tratamento fiscal do rotulado *ágio interno*:

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

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

(...)

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

O próprio STF²² já assinalou que *ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário*.

Essa Colenda CSRF, a propósito, inclusive rechaçou a tentativa das autoridades fiscais conferirem prevalência de normas não tributárias (no caso, da CVM) sobre leis tributárias, conforme atesta o seguinte julgado (Acórdão nº **9101-002.539**, de 20/01/2017), decidido na ocasião por unanimidade de votos:

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

Disposição expressa da lei tributária sobre possibilidade de se amortizar a despesa de ágio em 60 meses não pode ser afastada por instrução normativa expedida por órgão regulador (CVM) que dispõe que a amortização deve ser dar no prazo de concessão. Pode a empresa manter contabilidade empresarial para atender órgão regulador e contabilidade fiscal para atender o interesse do Fisco. Instrução normativa de órgão

²² Trecho extraído do voto da Ministra Relatora Rosa Weber no RE 606.107/RS.

regulador não o condão de vincular a pessoa jurídica para fins fiscais porque não é norma complementar expedida pela administração tributária nos termos do art. 100 do CTN.

Ora, é perfeitamente normal que o Direito, enquanto criador de sua própria realidade, se distancie de preceitos contábeis. Como aduz Ricardo Mariz de Oliveira²³:

... a fonte e sede do ágio ou deságio está no ato ou negócio jurídico de que ele promana e na respectiva disciplina legal, e não no lançamento contábil.

E mesmo que aquela contabilização tenha que ser adotada por necessária obediência às prescrições da CVM ou de outro órgão regulatório, não afetará o tratamento tributário para o ágio, pois a distinção de critérios não altera o tratamento tributário, devendo este ser observado fora da contabilidade, nos termos do parágrafo 2º e do art. 177 da Lei nº 6.404²⁴ e dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598²⁵.

Caminhando nessa mesma trilha, Luis Eduardo Shoueri foi direito ao ponto:

Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária. (...) Daí que eventuais lições extraídas da Contabilidade devem ser lidas cum grano salis, visto que surgidas a partir de outro pressuposto (o contábil), não adotado pelo legislador tributário. (SCHOUEIRI, Luís Eduardo – Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética. 2012. P. 106).

O que precisa ficar claro, contudo, é que a vedação à amortização do ágio em operações entre partes relacionadas surgiu apenas com a conversão da MP 627/13 na Lei nº 12.973/14, cuja exposição de motivos aponta que:

As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como goodwill. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (goodwill) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação

²³ "Os motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária". In: Direito Tributário Atual nº 23. Página 475.

²⁴ "A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras".

²⁵ "§ 2º - Para fins da escrituração contábil, inclusive da aplicação do disposto no § 2º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os registros contábeis que forem necessários para a observância das disposições tributárias relativos à determinação da base de cálculo do imposto de renda e, também, dos demais tributos, quando não devam, por sua natureza fiscal, constar da escrituração contábil, ou forem diferentes dos lançamentos dessa escrituração, serão efetuados exclusivamente em:

I – livros ou registros contábeis auxiliares; ou

II – livros fiscais, inclusive no livro de que trata o inciso I do caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo será disciplinado em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil".

societária adquirida com goodwill, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes. *Grifamos*

Somente, então, a partir da publicação da Lei 12.973/14, que produz efeitos somente em relação às operações realizadas a partir de 1º de janeiro de 2015, é que passou a ser vedado, no sistema jurídico, o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas, de modo que a tentativa da Fiscalização de aplicar essa limitação para o caso definitivamente não tem cabimento.

Nesse sentido se posicionou essa E. 1ª Turma da CSRF em sessões de julgamento ocorridas em novembro/2022, conforme atestam as ementas dos julgados abaixo transcritos:

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

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

(...)

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

(Acórdão nº **9101-006.358**. Sessão de 08 de novembro de 2022. Rel. Cons. Alexandre Evaristo Pinto).

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

Ano-calendário: 2013, 2014

RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS. Ágio T4U I.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, não era relevante para fins fiscais a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de “ágio interno”) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo. A mera circunstância de a operação ter sido realizada entre entes que pudessem ser considerados como integrantes do mesmo grupo de empresas não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária

(Acórdão nº **9101-006.373**. Sessão de 09 de novembro de 2022. Rel. Cons. Livia De Carli Germano).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial da contribuinte, considerando prejudicada a análise da matéria “multa qualificada”.

Da multa qualificada

Como, porém, fui vencido no afastamento da glosa das despesas com a amortização do ágio, passo a apreciar a *segunda matéria* admitida.

A multa qualificada foi afastada pela decisão de piso com base na seguinte motivação (fls. 643):

(...)

Para que seja aplicada penalidade **qualificada**, pela ocorrência de fraude, o tipo deve estar devidamente descrito, enquadrado e exaustivamente comprovado.

Não consegui identificar a subsunção dos atos praticados pelos envolvidos no processo, caracterizadores do tipo previsto no art. 72 da Lei n. 4.502/1964.

No que se refere à ocorrência do fato gerador, não restou caracterizada a prática de ação visando impossibilitar a execução, o prosseguimento ou oposição de qualquer forma de obstáculo, ou, ainda, alguma forma de retardamento do fato gerador. Houve publicação dos atos, registro contábil das operações e informação à administração tributária.

Tampouco vislumbrei a incidência de alguma forma de exclusão ou modificação das características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do imposto, evitar ou diferir seu pagamento.

O Contribuinte, ora Interessado, na sua interpretação da legislação tributária/societária, entendeu que pudesse praticar os atos já exaustivamente detalhados e, com esta postura, se beneficiar do tratamento fiscal disposto no art.386 do RIR/99, nada além disso, ao meu sentir, de modo que **voto pelo afastamento da qualificação da multa**, mantendo-a em seu patamar típico, de 75% (setenta e cinco por cento) sobre os tributos lançados.

Em sede de recurso de ofício, porém, a qualificação da penalidade foi restabelecida com base nas seguintes *razões de decidir*:

Também aqui penso que a decisão recorrida merece reforma. A modificação das características essenciais do fato gerador, prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é a inclusão na contabilidade de despesa artificial (a amortização do ágio), reduzindo as bases de cálculo tributáveis. Essa artificialidade se encontra presente na geração mesma desse ágio, conforme expus acima, e não vejo como entender que se tratou de mero equívoco na interpretação da legislação tributária. Ao contrário, tanto a ciência contábil quanto a abalisada doutrina tributária entendem pela inoponibilidade ao Fisco do ágio criado intragrupo, sem a participação de um agente externo a validar que as operações tenham sido feitas em condições de livre mercado, e sem o efetivo desembolso para a aquisição de riqueza nova. Ao contrário, a contribuinte estava consciente de seus atos ao registrar contabilmente a despesa artificialmente gerada, pelo que considero correta a aplicação da multa qualificada de 150% ao lançamento.

Ressalto que, em outras situações, também já me manifestei pela possibilidade de aproveitamento fiscal de ágio, ainda que presentes o uso de empresa veículo para sua transferência e de incorporação reversa. Mas sempre diante de um ágio formado sem qualquer mácula, entre partes independentes e mediante pagamento, o que não é o presente caso.

Nessa linha de raciocínio, voto por dar provimento ao recurso de ofício, restabelecendo a multa de ofício no percentual de 150%.

Não concordo com esse racional.

A qualificação da multa de ofício encontra-se prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) 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 inexistente;

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que a multa de ofício ordinária é de 75%, cabível nas hipóteses de falta de recolhimento do tributo, falta de declaração ou apresentação de declaração inexata, devendo esta ser duplicada apenas nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, abaixo transcritos.

Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Para que se possa, então, cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), é imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove, além da conduta de não pagar tributo, não declará-lo ou declará-lo de forma inexata, que a contribuinte teve a intenção de esconder que ela própria incorreu na materialidade tributária ou que ela se valeu de medidas ilícitas para manipular o fato gerador.

Para esse labor, deve-se diferenciar as hipóteses de *contraste hermenêutico* das hipóteses em que o contribuinte busca atuar sobre o material fático, com vistas a intencionalmente ocultar ou dificultar o descobrimento dos fatos ou operações efetivamente praticadas. São coisas inconfundíveis...

Nesse caso concreto, entendo que não houve qualquer conduta fraudulenta ou dolosa por parte da contribuinte, mas, quando muito, uma interpretação divergente quanto às normas tributárias que conferem o direito de deduzir o chamado *ágio interno*, interpretação divergente esta que, nesse caso concreto, inclusive gerou a tributação imediata do ganho de capital pelos vendedores da ordem de R\$ 50 milhões.

Que fraude é essa que levaria ao recolhimento de tributo dessa magnitude? A resposta é simples: não há fraude nenhuma!

De fato, a falta de menção expressa, nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, às operações havidas dentro mesmo grupo econômico, de maneira nenhuma conduz ao entendimento de que não haveria possibilidade de registro de ágio em operações desse jaez. Tanto é assim que o Legislador passou a prever a impossibilidade expressa do ágio interno somente com o advento da Lei nº 12.973/14.

Ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização e o acórdão recorrido, o registro de despesas a título de *ágio interno* é perfeitamente compreensível, ainda que passível de discordância no plano da hermenêutica jurídica.

Definitivamente não vislumbro, portanto, nenhum indício de utilização de qualquer tipo de medida fraudulenta por parte da recorrida. Pelo contrário, os valores glosados foram contabilizados, a operação foi divulgada tal como efetivamente ocorreu e foi a partir das informações colhidas da própria contribuinte que a fiscalização tomou conhecimento dos fatos e lançou os tributos que considerou devidos.

É certo que o contribuinte, dentro de sua liberdade de empreender e buscar maximizar seus resultados, também buscou, na reorganização societária fiscalizada, deduzir as referidas despesas com o *polêmico* ágio gerado em operações dentro do mesmo grupo econômico, e com isso obter economia tributária, mas daí a afirmar que restariam caracterizados dolo ou fraude, com a devida vênia, me parece existir um verdadeiro abismo.

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal ("STF") Joaquim Barbosa, em voto proferido na ADI 2.588:

Entendo que a obsolescência da legislação tributária não pode ser invocada para proteger a evasão fiscal, isto é, os esforços intencionalmente fraudulentos para ocultar fatos jurídicos tributários. A boa-fé do contribuinte é a contrapartida do devido processo legal para a autoridade fiscal. Em síntese, a autoridade fiscal não pode simplesmente presumir que o contribuinte esteja intencionalmente se esquivando do pagamento do tributo devido, ao mesmo tempo em que o contribuinte não pode dolosamente ocultar os fatos jurídicos que geram as obrigações tributárias.

A Constituição consagrou o devido processo legal material (art. 5º, LIV), o princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I) e o direito à propriedade (art. 5º, caput). Esses marcos constitucionais condicionam a atuação das autoridades fiscais de todos os níveis, impedindo-as de utilizar ficções ou presunções imoderadas, desproporcionais ou cuja única justificativa seja a facilitação do trabalho do agente público. [...]

Acrescente-se, aqui, que havendo uma razoável dúvida interpretativa sobre os requisitos legais para a dedução fiscal do ágio, inclusive o rotulado *ágio interno*, deve-se aplicar a menor penalidade inclusive aos olhos do que prevê o CTN no seu artigo 112, I e II, verbis:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

(...)

Finalmente, cabe também pontuar que essa E. 1ª Turma da CSRF, em recentes decisões, vem afastando a qualificação da multa sobre exigências decorrentes da glosa do dito *ágio interno*, conforme atestam as ementas dos seguintes julgados:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. ACUSAÇÃO DE ARTIFICIALIDADE E DISPÊNDIO FICTÍCIO. OPERAÇÃO INTRAGRUPPO. INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL EXPRESSA E OBJETIVA. DIVERGÊNCIA

HERMENÊUTICA SOBRE A LICITUDE DA FORMAÇÃO E DAS REGRAS PARA A DEDUÇÃO DA DESPESA. AUSÊNCIA DE FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. AFASTAMENTO DA EXASPERAÇÃO DA PENA. DECADÊNCIA. MATÉRIA DECORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 150 §4 DO CTN.

As acusações de práticas fraudulentas, sonegatórias ou de conluio pelos contribuintes demandam demonstração específica e juridicamente adequada de sua ocorrência, bem como conjunto probatório concreto correspondente. Inexistindo proibição legal expressa e objetiva da amortização fiscal do ágio gerado em operação intragrupo ou com partes relacionadas, não pode a divergência hermenêutica entre contribuintes e Fisco sobre os critérios de materialidade para a sua formação e a legitimidade de sua posterior dedução ser tratada ou confundida com tais ilícitos.

A qualificação da multa de ofício é medida extrema e excepcional, que deve ter sua aplicação reservada àqueles que, acima de qualquer dúvida ou plausibilidade de boa-fé, adotaram posturas antijurídicas altamente lesivas e verdadeiramente delituosas.

Ainda que prevalecendo a glosa do ágio, mas não sendo demonstrada e cabalmente comprovada a presença, nas transações que geraram a despesa com o sobrepreço, das práticas de fraude, sonegação ou conluio, dentro das suas conceituações legais próprias, deve ser aplicada a multa de ofício na sua monta ordinária de 75%

(Acórdão nº 9101-005.973. Sessão de 08 de fevereiro de 2022. Rel. Caio Cesar Nader Quintella).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. NÃO CABIMENTO.

Considerando que, à época dos fatos geradores, a inedutibilidade do dito ágio interno era no mínimo duvidosa, incabível a qualificação da penalidade (de 75% para 150%), afinal a interpretação em prol de sua dedução fiscal está longe de caracterizar prática fraudulenta ou sonegatória, únicas hipóteses aptas a ensejar a onerosa duplicação da multa de ofício.

(Acórdão nº 9101-006.376. Sessão de 10 de novembro de 2022. Red. Designado Luis Henrique Marotti Toselli).

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

Ano-calendário: 2005, 2006

ÁGIO INTERNO. MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.

Para que se possa caracterizar a hipótese legal que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/1996, é imprescindível que a autoridade autuante indique a se conduta praticada configura sonegação, fraude e/ou conluio, hipóteses respectivamente dos artigos.71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964.

Além de haver deficiência na acusação fiscal, da análise das imputações verifica-se que não restou caracterizada uma situação de sonegação ou fraude por parte do sujeito passivo, mas apenas uma divergência de interpretação quanto ao real alcance das normas tributárias que disciplinam a amortização do ágio em reorganizações societárias intragrupo.

(Acórdão nº 9101-006.461. Sessão de 2 de fevereiro de 2023. Rel. Alexandre Evaristo Pinto).

Na linha desses precedentes jurisprudenciais, entendo que a multa qualificada não se sustenta, devendo esta ser reduzida de 150% para 75%.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial da contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, redatora designada.

O I. Relator restou vencido em sua proposta de dar provimento ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria “amortização de ágio interno”. A maioria qualificada do Colegiado compreendeu que o acórdão recorrido não merecia reforma neste ponto.

Isto porque, ainda que na operação haja transferência de recursos, bem como apuração e tributação de ganho de capital, não houve terceiro a validar o valor atribuído à participação societária e constituí-lo como preço de aquisição, a evidenciar que a projeção de rentabilidade futura corresponde, tão só, a reavaliação de ativo mantido sob o mesmo controle e que, assim, não constitui ágio ou mais-valia passível de amortização fiscal.

A jurisprudência deste Conselho está consolidada desde a edição do Acórdão nº 9101-002.300, de 7 de abril de 2016, no sentido de que não há qualquer substância econômica nos valores que, formados internamente ao grupo econômico em operações desta espécie, passam a reduzir as bases tributáveis, independentemente da vedação posteriormente veiculada na Lei nº 12.973/2014 ou mesmo nos casos em que, antes da revogação pela Lei nº 11.196/2005, vislumbrava-se “opção legal” no art. 36 da Lei nº 10.637/2002.

Na sequência são transcritas as razões de decidir expressas pela ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-002.388 (“Caso Gerdau”), cujos fundamentos, aqui adotados, refutam os argumentos de defesa da Contribuinte:

O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei nº 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

Lei nº 9.532, de 1997

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

.....
III - **poderá amortizar o valor do ágio** cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei 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) .(Negritei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

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

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

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

b) DATA-BASE

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

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(...)

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

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

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

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

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

CONTABILIZAÇÃO

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

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

projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(...)

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

(...).

11.7.6 Ágio na Subscrição

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do ‘ganho de capital’ registrado pela companhia que

subscreve e integraliza aumento de capital em 'sociedade veículo' ou de participação 'casca', a ser em seguida incorporada".

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

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

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

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

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

(...)

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

Do ponto de vista institucional e moral da profissão contábil, e por que não político, admitir-se o registro do ativo fiscal implica estimular o surgimento de uma indústria do ágio?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

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

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

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

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o

Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

Objetivo

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

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

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

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

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

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

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

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 10196724, 10323.290, 10517.219.

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

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

EM nº 00187/2013 MF

Brasília, 7 de Novembro de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

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

1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

poderão integrar o custo do bem para fins tributários. Os referidos dispositivos devem ser analisados juntamente com o disposto nos arts. 35 a 37.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tais razões, deve ser **NEGADO PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte relativamente à matéria “amortização de ágio”.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator em sua conclusão de dar provimento ao recurso especial da Contribuinte para reduzir a multa de ofício para 75%.

Em operações semelhantes, esta Conselheira tem orientado seu entendimento em favor da qualificação da penalidade, em linha com a manifestação da maioria deste Colegiado desde a primeira oportunidade que analisou operações societárias implementadas para redução das bases tributáveis a partir de amortização de ágio interno, nos termos do voto condutor do ex-Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, no Acórdão nº 9101-002.300²⁶:

Com toda a vênua, não vislumbro, no presente caso, dúvida acerca da atuação dolosa da contribuinte.

²⁶ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Luis Flávio Neto, Adriana Gomes Rêgo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, André Mendes de Moura, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Rafael Vidal de Araújo, Hélio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente) e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros, Helio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez.

Conforme já foi tratado no tópico que cuidou especificamente da questão da amortização do ágio gerado em operações intragrupo, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 fixa determinado efeito fiscal para operações societárias permitidas não por ele, mas pela legislação civil e comercial e pelas normas contábeis. O efeito fiscal que o dispositivo estabelecia era o diferimento da tributação de IRPJ e de CSSL sobre o ganho de capital proveniente da reavaliação do valor de sociedade investida.

O fato de o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 mencionar determinada operação de reorganização societária não autoriza os contribuintes a atribuírem a ela efeitos outros que não aqueles especificamente descritos no dispositivo. Além disso, conforme análise desenvolvida no tópico que tratou da amortização do ágio, a própria análise do dispositivo levaria à conclusão de que seu intuito era o de estabelecer a neutralidade tributária da operação. Tal neutralidade não permitia que se chegasse à conclusão de que, embora a tributação do ganho de capital restasse diferida, o ágio contabilizado pudesse ser desde logo amortizável.

Prova cabal de que a contribuinte e o grupo econômico a que pertence teriam praticado ação dolosa tendente a impedir a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária principal ou a modificar suas características de modo a reduzir o montante devido, o que atrai a aplicação do art. 72 da Lei nº 4.502/1964, é o fato de nenhuma alteração de fato ter ocorrido no controle societário da empresa fiscalizada, após encerrada a reorganização.

Ao final de dezembro de 2004, a contribuinte se encontrava submetida ao controle dos mesmos acionistas identificados ao final de setembro daquele ano, com percentuais de participação exatamente iguais aos anteriores. Em virtude principalmente deste fato, concluo que realmente não houve outro propósito a guiar a atuação da contribuinte senão o de simular uma reorganização societária com a finalidade de reduzir o montante de IRPJ e CSSL a ser recolhido nos cinco anos seguintes.

Filho-me, portanto, ao entendimento exposto pelo Julgador da DRJ, que, em seu voto condutor do acórdão que julgou a impugnação da contribuinte, discorreu:

"É inegável que, caso não houvesse criado artificialmente esse ágio desprovido de qualquer fundamento econômico, a impugnante teria recolhido tributos em montantes muito superiores ao que recolheu. Logo, quando contratou consultoria especializada e **praticou todos esses atos de reorganização – absolutamente desnecessários e sem qualquer propósito efetivo – para, ao final, permanecer tudo do jeito que estava anteriormente, sendo o ágio a única alteração, é evidente que seu objetivo sempre foi aliviar ilicitamente a carga tributária.**

E se o propósito exclusivo foi obter esse ganho ilícito, o dolo é evidente, ainda que sem utilização dos artifícios grosseiros apontados pela impugnante às fls. 1.078: adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc." (Grifou-se)

Assim, relativamente ao pleito de restabelecimento da multa de ofício em sua versão qualificada, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

O presente caso, porém, tem a peculiaridade de a reavaliação do investimento na transferência entre pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico resultar em ganho de capital submetido à tributação no Brasil. Esta circunstância suscita dúvida acerca da intenção dolosa do grupo empresarial de buscar, apenas, a redução das bases tributáveis. Indica que outras razões podem ter motivado a reavaliação da participação societária, e neste contexto há possibilidade de ter ocorrido, apenas, uma interpretação equivocada da legislação tributária, quanto à caracterização deste diferencial como ágio amortizável.

Esta Conselheira já teve a oportunidade de analisar operação semelhante, assim descrita na introdução de seu voto condutor no Acórdão nº 1101-000.968:

Os fatos narrados pelos fiscais autuantes às fls. 27/36 do Termo de Verificação Fiscal podem ser assim sintetizados:

- Mann Hummel GMBH e Mann Hummel Beteiligungs-und Verwaltungsgesellschaft MBH eram as únicas sócias de Mann Hummel Brasil Ltda (fls. 154/167);
- Mann Hummel GMBH *cede e transfere* a Mann Hummel Ibérica SA (holding) quotas de Mann Hummel Brasil (fls. 168/181);
- Mann Hummel Ibérica e Mann Hummel Beteiligungs-und Verwaltungsgesellschaft MBH substituem os sócios da recém criada MSJ Comercial Ltda (fl. 30);
- Ao subscrever capital na MSJ, Mann Hummel Ibérica o integraliza com a entrega de suas quotas na Mann Hummel Brasil, mas o faz pelo valor de R\$ 151.203.360,00 embora seu valor nominal seja R\$ 41.674.304,00 (fl. 182);
- Mann Hummel Ibérica passa a deter investimento em MSJ pelo valor de R\$ 151.203.360,00, e MSJ passa a deter investimento em Mann Hummel Brasil por aquele mesmo valor;
- Mann Hummel Brasil incorpora a MSJ e aumenta seu capital em R\$ 27.735.046,00 em razão do ágio existente no ativo da MSJ (fl. 197);
- Mann Hummel Ibérica substitui MSJ no quadro societário de Mann Hummel Brasil, mas agora detendo, além do capital de R\$ 41.674.304,00 o valor do ágio acima referido, totalizado sua participação em R\$ 69.409.350,00 (fl. 197)
- Mann Hummel Ibérica SA e a Mann Hummel Beteiligungs-und Verwaltungsgesellschaft MBH voltam a ser sócias quotista da Mann Hummel Brasil, cujo patrimônio é aumentado em valor equivalente ao ágio líquido advindo da incorporação da MSJ.

Considerando que Mann Hummel Ibérica SA já era sócia de Mann Hummel Brasil – juntamente com Mann Hummel Beteiligungs-und Verwaltungsgesellschaft MBH cuja participação permaneceu inalterada –, resta evidente que, ao final das operações, realizadas entre 15/12/2003 e 01/07/2004, não houve qualquer alteração no controle da Mann Hummel Brasil, mas ainda assim surgiu no patrimônio desta um ágio, motivo das amortizações aqui glosadas.

A recorrente aduz que houve alienação das quotas detidas pela Mann Hummel GMBH para a Mann Hummel Ibérica, com pagamento de preço, fixado em €\$ 42.000.000,00, bem como que este valor foi observado na integralização do capital da MSJ com quotas da Mann Hummel, detidas pela Mann Hummel Ibérica. Todavia, os documentos juntados à impugnação (Anexos 5 a 7) apenas evidenciam a transferência de controle do investimento no Brasil de Mann Hummel GMBH para a Mann Hummel Ibérica, esta última uma *holding* criada para que a primeira mantivesse apenas sua feição operacional. O mencionado *contrato de compra e venda de quotas de capital* firma expressamente em seu §4º que *não foram acordadas outras garantias, considerando que a alienação é realizada em âmbito interno entre empresas pertencentes ao grupo Mann+Hummel*.

Quanto ao mencionado comprovante de pagamento juntado como Anexo 14 da impugnação (fl. 871), é de se notar que ele está datado de 05/05/2004, como convencionado naquele mesmo contrato que declara a operação realizada entre empresas do mesmo grupo (Anexo 7, fls. 806/809), mas ocorre cerca de 5 (cinco) meses após a criação do ágio, verificada em 15/12/2003, quando a Mann Hummel Ibérica integraliza capital da MSJ com ações da Mann Hummel Brasil, ações estas adquiridas de Mann Hummel GMBH, mediante operação que somente surtiria efeitos a partir de 31/12/2003, como bem observado pela Fiscalização. Evidente que tais circunstâncias somente se verificam porque quem decide realizá-las são, apenas e tão somente, os controladores do grupo empresarial.

São estas operações internas ao grupo empresarial que fizeram surgir um item patrimonial na autuada, no suposto de rentabilidade futura, materializando alegados lucros sem a intervenção de terceiros para lhes dar substância. Decidiram os controladores do grupo afirmar que seu patrimônio representaria mais do que o escriturado em razão da expectativa de rentabilidade futura, e neste sentido constituíram uma empresa veículo para formalmente realizar a incorporação que, prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/97, permitir-lhes-ia defender a amortização fiscal daquela riqueza internamente gerada.

Naquela ocasião, sequer havia alegação de tributação do ganho de capital, como no presente caso, mas a exigência fiscal já foi formalizada, de largada, sem qualificação da penalidade. É possível, inclusive, que lá a conduta do sujeito passivo tenha sido relativizada em razão da alegada necessidade de a transferência internacional se verificar a valor de mercado, aspecto aqui também referido.

Em tais circunstâncias, o CTN determina a interpretação da lei tributária que comina penalidades de maneira mais favorável ao acusado:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Estas as razões, portanto, para concordar, no presente caso, com o afastamento da qualificação da penalidade e, neste ponto, dar provimento ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa