



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11065.725343/2011-11
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.548 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 06 de abril de 2023
Recorrente CONSERVAS ODERICH SA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2010

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. GLOSA.

Os atos de reorganização societária registrados pela recorrente ainda que formalmente regulares, se não configuram uma efetiva aquisição de participação societária, mas mera permuta de ativos entre controladora e controlada, sendo correta a glosa dos valores amortizados como ágio efetuada pelo Fisco.

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. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO CONTÁBIL.

A ausência de um efetivo dispêndio (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pela aquisição de participações em operações com empresas controladas revelam a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram por dar-lhe provimento. Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhe aplicado o decidido no

Acórdão nº **9101-006.547**, de 06 de abril de 2023, prolatado no julgamento do processo 11080.729498/2016-35, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente Redator

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 Guimaraes da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

O presente julgamento submete-se à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 47, §§ 1º, 2º e 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Dessa forma, adota-se neste relatório substancialmente o relatado no acórdão paradigma.

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Contribuinte em face do acórdão nº 1302-005.726, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, através do qual o colegiado decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria, NEGAR provimento ao recurso voluntário.

A questão discutida nos autos e que repercute no recurso especial interposto pela Contribuinte refere-se à glosa de amortização de ágio em operações societárias, consideradas como não dedutíveis pela autoridade fiscal, por terem sido gerados internamente entre empresas do mesmo grupo econômico, sem alteração substancial na estrutura e sem propósito negocial.

A Contribuinte foi cientificada eletronicamente do acórdão acima referido em e, tempestivamente, interpôs o recurso especial alegando divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de se deduzir despesa com amortização de ágio interno.

O Sr. Presidente da 3ª Câmara decidiu por dar seguimento ao recurso especial.

No mérito do recurso, a Contribuinte defende em síntese:

- a) Que houve propósito negocial com a reorganização societária do grupo, processo que objetivou redução de custos, otimização de investimentos e maximização da eficiência, visando o fortalecimento de Conservas Oderich SA no seu segmento de mercado;
- b) Que o ágio registrado na operação tem substrato econômico lastreado em laudo de avaliação e de rentabilidade futura, conforme preconizam os arts. 20, § 2º, “b” do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o 385, § 2º, II do RIR/1999;
- c) Que a amortização do ágio é autorizada pelo art. 7º, III da Lei nº 9.532/1997 e art. 386, § 6º, II do RIR/1999;
- d) Que os atos praticados não constituem fraude à lei ou simulação.

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN foram apresentadas suas tempestivas contrarrazões.

Alega, em suma, que o ágio para existir deve decorrer de operação com propósito negocial e com substrato econômico. Pleiteia o não conhecimento do recurso especial por supostamente não haver indicação do dispositivo legal que seria objeto de divergência. Ao final, requer que seja negado provimento ao recurso especial, caso seja conhecido.

É o relatório.

Voto

Tratando-se de julgamento submetido à sistemática de recursos repetitivos na forma do Regimento Interno deste Conselho, reproduz-se o voto consignado no acórdão paradigma como razões de decidir:

O recurso especial é tempestivo e foi regularmente admitido.

A PFN, em suas contrarrazões, questionou seu conhecimento, alegando que o recurso não teria indicado a legislação tributária objeto de divergência interpretativa.

Não há razão para a alegação da Procuradoria.

O recurso especial expressamente menciona quais os dispositivos normativos elencados no acórdão recorrido que são objeto de divergência, conforme seguinte passagem dele destacada (com destaques acrescidos):

IV – MATÉRIA PREQUESTIONADA

Com o objetivo de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais exigidos para o fim de admissão do presente Recurso Especial, mormente o prequestionamento prescrito no art. 67, § 5º, do anexo II, do RICARF, segue a transcrição dos excertos da decisão recorrida, pelos quais se comprova o prequestionamento implícito e explícito da matéria e dos dispositivos legais contrariados e, portando, violados e passíveis de ensejar a admissão deste recurso. Vejamos:

Trata-se de autos de infração lavrados para reduzir prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL do ano-calendário 2011, em razão de glosa de amortização de ágio, decorrente de operações societárias entre pessoas jurídicas pertencentes ao Grupo Oderich realizada no ano-calendário 2005, com reflexos no ano-calendário em análise.

(...)

Registre-se que a presente autuação é uma extensão dos mesmos fatos tratados no PAF nº 11065.722.073/2011-89, que teve por objeto lançamentos referentes aos anos-calendários de 2006 a 2009 (com decisão definitiva no âmbito do CARF) e do PAF nº 11065.725.343/2011-11, que retificou os saldos de prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL para o ano-calendário de 2010 (julgado nesta mesma sessão, com base na sistemática de recursos repetitivos).

Segue o resumo da situação, adaptada dos fatos descritos no Relatório de Ação Fiscal, na decisão recorrida e no recurso voluntário:

1) Em 10/10/2005, os sócios da ODEPAR, Marcos Odorico Oderich e Cláudio Oderich, aumentam seu capital social de R\$ 1.000,00 para R\$

102.000,00, mediante a emissão de 101.000 novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, e por eles mesmos inteiramente subscritas e integralizadas, mediante a transferência de 101.000 ações ordinárias nominativas integrantes do capital social de ODERICH IRMÃOS, pelo valor declarado em suas declarações da Pessoa Física, de R\$ 101.000,00. Sobre tais ações recaía reserva de usufruto vitalício, firmado em 10/10/2005, em nome dos usufrutuários Marcos e Cláudio Oderich;

2) Em 31/10/2005, os sócios da LUCPAR, Sra. Lucia Oderich Moreira, irmã de Marcos Odorico Oderich e de Cláudio Oderich, e Iguatemi Lucio Moreira, divorciado daquela senhora, decidem pelo aumento do capital social de R\$ 1.000,00 para R\$ 43.124.000,00, mediante a emissão de 43.123.000 novas ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, totalmente subscritas pela nova acionista, a ODEPAR, e integralizadas mediante a transferência de 101.000 ações ordinárias nominativas integrantes do capital social de ODERICH IRMÃOS, gravadas com usufruto em nome de Marcos e Cláudio Oderich e avaliadas em R\$ 43.123.000,00.

Foi apresentado pela interessada "Laudo de Avaliação" elaborado em 10/05/2005, que contem a informação de que o valor foi apurado utilizando-se o método de fluxo descontado para um período de projeção de cinco anos, tendo como data base 31/12/2004.

A LUCPAR foi constituída em 12/04/2001 e até o ano-calendário de 2004 apresentou as DIPJ como inativa. Segundo informações prestadas pelo contribuinte (em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 03), a LUC PAR não incorreu em custos e despesas (afora as despesas de registro societário) e não auferiu receitas nos anos-calendário de 2001 a 2004.

3) Com essa reestruturação societária, formou-se na LUCPAR um ágio de R\$ 31.397.005,27, correspondente à diferença entre o valor da "aquisição" do investimento em ODERICH IRMÃOS (R\$ 43.123.00,00) e o valor de patrimônio líquido do investimento "adquirido" (R\$ 11.725.994,73).

A Recorrente esclarece que na aquisição do investimento em ODERICH IRMÃOS, a incidência do TRPJ e da CSSLL, sobre a diferença decorrente da subscrição e da integralização das ações, ficou diferida na forma do **art. 36, § 1º, II, da Lei nº 10.637/02.**

A empresa ODERICH IRMÃOS, cujas ações foram transferidas da empresa ODEPAR para a empresa LUCPAR em 31/10/2005, gerando o ágio objeto da presente ação fiscal, era administrada, no ano-calendário de 2005, pelos sócios e diretores Marcos e Claudio Oderich, conforme Ata de Transformação de Sociedade Limitada em Sociedade por Ações, datada de 20/01/2004, que conferia aos mesmos poderes de administração pelo prazo de três anos.

4) Em 03/11/2005, a pessoa jurídica ODERICH IRMÃOS incorpora a LUCPAR ("operação reversa"), passando a registrar em sua contabilidade o ágio que a LUCPAR havia contabilizado na etapa anterior.

A contribuinte apresentou "Proposta, Justificativa e Protocolo de Incorporação" (anexo I da Ata de Assembleia Geral Extraordinária da

ODERICH IRMÃOS) e "Laudo de Avaliação", elaborado com base nas demonstrações contábeis da empresa incorporada (LUC PAR) de 31/10/2005.

5) Em 31/12/2005, a ODERICH IRMÃOS foi incorporada pela CONSERVAS ODERICH (autuada). Consequentemente, o ágio foi transferido para a pessoa jurídica remanescente (CONSERVAS ODERICH), que passou a amortiza-lo a partir de 2006.

A recorrente, que incorporou a empresa ODERICH IRMÃOS e que amortiza o ágio à razão de 10% ao ano desde o ano-calendário de 2006, sempre foi administrada pelos acionistas e diretores Marcos Odorico Oderich e Cláudio Oderich, conforme Atas de Assembleia Geral Ordinárias e/ou Extraordinárias apresentadas à fiscalização, e datadas de 01/03/2002, 01/03/2005, 05/03/2008 e 07/03/2011.

A "Ata da Assembleia Geral Extraordinária" da CONSERVAS ODERICH aprovou a incorporação da ODERICH IRMÃOS, em conformidade com a "Proposta, Justificativa e Protocolo de Incorporação" (anexo I da referida Ata) e "Laudo de Avaliação", elaborado com base nas demonstrações contábeis da empresa incorporada em 30/11/2005. Consta no documento que a incorporação teve como justificativa atender ao preceito de reestruturação das atividades operacionais e administrativas, resultando na unificação das rotinas administrativas, principalmente aquelas contábeis e fiscais, com a consequente redução de tempo despendido na execução das tarefas e racionalização de documentos. Menciona, ainda, que a simplificação da estrutura legal e a redução dos custos administrativos e operacionais das duas empresas (incorporada e incorporadora), teria por objetivo maximizar a eficiência nas esferas organizacional, financeira e administrativa, em benefício de seus usuários e consumidores, tomando menos onerosa a distribuição de juros sobre o capital próprio e facilitando a distribuição de lucros.

Registre-se, a esta altura, que tenho por incontroverso que a reorganização societária na qual se formou e transferiu o ágio aqui discutido se deu internamente ao grupo econômico Oderich. Não bastasse a minuciosa descrição do Fisco quanto aos quadros societários e dirigentes de cada uma das pessoas jurídicas envolvidas (fls. 2237/2238), a própria recorrente o admite, ao se referir à "reorganização societária realizada no grupo ODERICH" (fl. 2689).

Em tais circunstâncias, tenho que o cerne da questão não é a possibilidade, ou não de aproveitamento do ágio, autorizado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, mas sim a própria formação dessa mais-valia, desvinculada de qualquer fundamento econômico e originada de atos meramente aparentes, sem substância ou existência real, ainda que formalmente regulares.

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 "*arrn s length*". Portanto é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substancia econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro. mensuração e evidenciação pela contabilidade." (Os grifos constam do original).

No caso concreto, como visto, as operações societárias foram integralmente realizadas dentro do grupo econômico (mesmas pessoas físicas e jurídicas), em curto espaço de tempo, sem qualquer desembolso, sendo que, ao final das operações, tudo retomou ao *status quo ante*, no que toca às participações societárias, mas com a apropriação de "ágio". As operações não revelaram qualquer propósito negocial ou necessidade societária, nem modificaram algum aspecto da organização empresarial do grupo econômico. Em 10/10/2005 os irmãos Srs- Marcos e Cláudio Oderich eram os únicos SÓCIOS da ODEPAR. e esta controlava diretamente a IRMÃOS ODERICH. Em 03/11/2005 a LUC PAR já havia entrado e saído do panorama, e novamente os irmãos Srs. Marcos e Cláudio Oderich eram os únicos sócios da ODEPAR e esta controlava diretamente a IRMÃOS ODERICH. Mas agora havia um ágio, supostamente amortizável, registrado na IRMÃOS ODERICH. Nenhuma riqueza nova foi gerada, nenhum pagamento foi feito para a aquisição de uma riqueza inédita, externa ao grupo econômico.

(...)

Dessa forma, estando prequestionada a matéria **e os dispositivos normativos mencionados**, a ora Recorrente ingressa no mérito deste Recurso, demonstrando-se a contrariedade aos mesmos pelo julgamento citado.

Além de restarem evidenciados os dispositivos legais que seriam objeto de divergência interpretativa, não há como afastar a similitude entre os casos cotejados, que tiveram decisões diversas, restando caracterizada a divergência prevista no art. 67 do Anexo II do RICARF.

Ante ao exposto, voto por conhecer do recurso especial.

Mérito

No mérito, conforme relatado trata-se de examinar conjunto de operações societárias realizadas pela Recorrente junto com outras empresas que compõem o mesmo grupo econômico que estão sob controle dos mesmos sócios e que, ao final, resultaram no reconhecimento pela Contribuinte de ágios nas operações e cuja amortização foi objeto de glosa pela fiscalização.

Antes de adentrar ao exame das operações e da divergência jurisprudencial estabelecida em relação à elas, julgo oportuno tecer algumas considerações acerca da questão da amortização do ágio em face de reorganizações societárias, que vem sendo largamente utilizado e discutido enquanto mecanismo de planejamento tributário das empresas.

Tal discussão é bastante tormentosa, o que se revela na própria jurisprudência administrativa, e não está imune a algum grau de subjetividade por parte dos intérpretes e aplicadores do direito.

Da liberdade de auto-organização do contribuinte

A primeira questão a ser analisada refere-se à liberdade de auto-organização do contribuinte, tida como absoluta pelos intérpretes e doutrinadores liberais, que defendem que “o Fisco só pode cobrar (tributos) mediante tipicidade fechada e legalidade estrita” enquanto que o contribuinte pode fazer tudo que não está restringido pela lei.

Desta visão decorre o entendimento de que atendidos os aspectos puramente formais dos atos e operações do contribuinte, independente de seu conteúdo real, nenhuma objeção pode ser feita pelo Fisco.

Tal visão desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem ampla liberdade de se auto-organizar, inclusive no sentido de adotar as opções negociais que lhe propiciem a menor carga tributária possível.

Esta liberdade de auto-organização, no entanto, não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Um dos poucos doutrinadores a tratar do tema sem o viés estritamente liberal, Marco Aurélio Greco leciona que “*não há dúvida de que o contribuinte tem o direito encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício desse direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, fraude à lei*”¹.

Nesse sentido, observa Greco que “*a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco, quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal*”².

A observância aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal na interpretação e aplicação da lei tributária, especialmente quando se trata do Imposto de Renda, revela-se de todo pertinente, não podendo tais princípios serem subjugados ou simplesmente esquecidos em face do direito de auto-organização do sujeito passivo. “*A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo*”³. E, “*na medida em que a lei qualificou uma determinada*

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 228

² GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 211

³ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.209.

*manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtar ao imposto (ainda que lícitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem dignidade e relevância até mesmo maiores que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º)”*⁴.

Desta feita, não há que se falar em liberdade de auto-organização quando o ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido, pois “a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal (desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir uma redução do tributo)”⁵.

Se o contribuinte que pratica atos, abusando do direito de auto-organização, não pode ter reconhecido os efeitos tributários os quais buscou beneficiar-se, aquele que simula a prática de atos com vistas unicamente a redução de tributos menos ainda pode usufruir do benefício fiscal almejado.

Primeira conclusão: a liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco e a sociedade não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa e não se coaduna com as práticas de simulação, abuso de direito ou fraude à lei.

Os fundamentos da existência ágio e das condições para sua amortização.

A questão do ágio com fundamento econômico na rentabilidade futura da empresa investida, ganhou relevância em meados da década de 1990 no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, com a edição da Lei nº 9.532, de 1997, mais especificamente dos seus artigos com base nos artigos 7º, inciso III, e 8º⁶.

Antes da edição da Lei nº 9.532/1997, o ágio na aquisição de investimento somente tinha efeitos fiscais na tributação do ganho ou

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.210.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p.246

⁶ 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)

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

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

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

perda de capital quando de sua alienação (DL nº 1.598/77, art. 33), sendo sua amortização fiscalmente neutra (era adicionada no LALUR).

Muitos doutrinadores e estudiosos do direito enxergam os dispositivos da Lei nº 9.532/97 como um incentivo fiscal às privatizações, visando a aumentar a participação nos leilões de privatização de estatais.

Em sentido contrário, Luiz Eduardo Shoueri enxerga a norma como uma restrição *“da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que o justificassem”*⁷

Qualquer que fosse o objetivo, é certo que o legislador baseou-se em um motivo econômico da maior relevância quando tratou da possibilidade fiscal de dedução do ágio pago na aquisição de investimentos, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, na Lei nº 9.532/1997.

Independente da premissa ou pressuposto para a instituição da previsão legal de dedução do ágio, verifica-se que a lei não cuidou de restringir o seu alcance apenas para as operações de aquisições de participações visando o programa nacional de desestatização, de sorte que é correta a sua extensão a toda e qualquer operação de aquisição de investimentos, inclusive naquelas ocorridas entre particulares, desde que seja equivalente às da previsão legal.

Assim é que, em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses, havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização.

Por outro lado, a lei não ampara as reorganizações societárias em que não existe uma efetiva aquisição de investimentos; quando há uma mera simulação de negócios societários visando unicamente a criar um ágio artificial para reduzir a carga tributária do contribuinte.

São os casos em que ainda que formalmente regulares, os negócios societários não tem substância ou existência real.

As principais características desses arranjos societários artificiais são: - reorganização societária dentro de um grupo de empresa sob controle comum: - a aquisição ou criação de empresas sem atividade econômica real (empresas veículos); - subscrição de capital na empresa veículo, integralizada com quotas ou ações da empresa operacional do grupo (ou outra holding intermediária), avaliadas “a valor de mercado” com base na expectativa de rentabilidade futura; - ausência de pagamento efetivo (não há qualquer dispêndio ou sacrifício patrimonial); - inexistência de outra finalidade nas operações, que não a geração/aproveitamento do ágio, ou

⁷ SCHOUERI, Luis Eduardo. ÁGIO EM REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS (ASPECTOS TRIBUTÁRIOS). São Paulo: Dialétic, 2012, p. 67.

preponderância desta última; - operações formais realizadas em curto espaço de tempo; - incorporação reversa da investidora pela investida, que passa a adotar a razão social ou marca daquela; - o controle societário da empresa operacional (direto ou indireto) resulta inalterado ao final da reorganização societária.

Nem todas as variáveis acima elencadas deverão estar presentes, ao mesmo tempo, para se constatar a geração artificial de um ágio na operação societária.

No exame das operações societárias visando a aferir a efetividade da existência do ágio há que se levar em consideração, fundamentalmente: - a existência de motivação econômica para a operação; - a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação; - a existência de efetivo pagamento (dispêndio ou sacrifício patrimonial); modificação da participação no controle (direto ou indireto) da empresa operacional após a reorganização.

Ainda deve ser observado que a lei exige que o contribuinte demonstre documentalmente os fundamentos do ágio pago, valendo-se os interessados, geralmente, de laudos técnicos de empresas especializadas que avaliam o investimento a preço de mercado.

Quanto a esse aspecto destaquei, ao proferir o voto vencedor no Acórdão nº 1302-001.108, que é praticamente inviável o desafio do Fisco contrapor-se aos "laudos" de avaliação elaborados pela empresas de consultoria contratadas pelo próprio contribuinte que engendra tais reorganizações societárias intragrupo. Além da natural precariedade e incerteza quanto à "expectativa de rentabilidade futura" estimada, agregam-se à projeções dados empíricos e subjetividades não passíveis de serem questionados. O único mecanismo de aferição do valor real do negócio em uma operação de aquisição de investimento por uma sociedade em outra, é o efetivo pagamento pelo preço fixado. Neste caso, o ágio surge límpido, bastando comparar o valor efetivamente pago com o valor patrimonial da investida na data do negócio.

De se observar que na avaliação do investimento a valor de mercado pode estar embutido no ágio pago o preço atualizado de outros bens ou intangíveis e não apenas a rentabilidade futura da investida, mas para o Fisco desqualificar o laudo, se o mesmo atribuir o fundamento de rentabilidade futura ao total do ágio pago, necessitará de outros elementos concretos, como documentos contendo outras avaliações realizadas pelos próprios envolvidos na operação apontando noutro sentido.

O ágio sob a perspectiva do reconhecimento contábil

Por fim, examino a questão do ágio sob a perspectiva de sua apuração e reconhecimento na contabilidade.

Essa discussão ganha sua relevância em face do argumento utilizado quando se discute a questão do ágio no âmbito das operações societárias

no sentido de que o regime contábil dado ao instituto seria diferente daquele previsto na legislação tributária.

Tal entendimento deriva do fato do legislador ter disciplinado o instituto no âmbito de uma lei que tratava Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. E esta, de fato, disciplinou a matéria por meio do art. 20 do DL. 1598/77⁸.

Com a devida vênia, ainda que a legislação tributária tenha regulado procedimentos contábeis no seu bojo, até pela falta de maior detalhamento pela lei societária, não autoriza a conclusão de que existam dois tipos de ágios para um mesmo fato econômico: um jurídico-tributário e outro contábil.

Em que pese a contabilidade e direito tributário tenham seus campos próprios de conhecimento e ciência, é inegável a interseção entre ambos no âmbito das relações jurídico-tributárias.

Não se deve olvidar que o lucro tributável é definido pela legislação do Imposto de Renda a partir do lucro líquido apurado na escrituração comercial, tendo o próprio Decreto-Lei nº 1.598/77, no inc. X do seu art. 67, estabelecido expressamente que o lucro líquido do exercício deverá ser apurado, a partir do primeiro exercício social iniciado após 31 de dezembro de 1977, com observância das disposições da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976.

Desta forma, as normas contábeis exaradas pelas entidades responsáveis pela normatização e regulamentação da contabilidade não são elementos estranhos à aplicação da legislação tributária, pelo contrário, fazem parte do arcabouço de mensuração do resultado tributável obtido pelas sociedades empresariais.

⁸ Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

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

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

E aí provavelmente resida um dos pontos nodais nesta discussão, concernente ao reconhecimento do ágio sob a perspectiva de sua apuração contábil.

O Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999 (Decreto nº 3.000/1999) dispõe extensamente sobre o registro e amortização do ágio na contabilidade da pessoa jurídica, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV - **deverá amortizar o valor do deságio** cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, **nos balanços correspondentes** à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

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

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

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

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

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

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

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Como se vê, tanto o registro da ocorrência do ágio quanto os de sua amortização, de acordo com a legislação tributária devem ser feitos na contabilidade do sujeito passivo, que por sua vez deve seguir as normas de escrituração da legislação comercial.

Ora, o art. 20 do DL. 1598/77 define a existência de ágio ou deságio como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Deste conceito emanam duas grandezas a serem determinadas com vistas à apuração da existência de ágio (ou deságio).

A primeira é o custo de aquisição e a segunda é o valor do patrimônio líquido. Quanto a este último não há dúvidas de que se trata do valor patrimonial da empresa investida na data do investimento. Quanto à primeira é que surgem controvérsias quando se trata de operações societárias realizadas internamente num grupo econômico: qual é o custo de aquisição?

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da Resolução 750/93⁹, que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º:

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;

[...]

(grifo nosso)

Fundada 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

⁹ Essa redação foi Alterada pela Resolução CFC nº 1282/2010, por conta do processo de convergência às normas internacionais de contabilidade introduzidas pela Lei nº 11.941/2009.

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 evidência pela contabilidade." (Os grifos constam do original).

Resta evidente a convergência Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 com o princípio emanado do CFC quando se trata da definição do custo de aquisição de um componente patrimonial.

Não obstante, respeitáveis vozes têm se insurgido contra a invocação desta norma da CVM para fins de interpretação da lei tributária, alegando que a mesma não teria o condão de modificar os conceitos legais do ágio ou mesmo ser utilizada na interpretação da legislação tributária, pois abrigaria conceitos de caráter meramente econômicos ou contábeis.

Com a devida vênia aos que assim pensam, entendo que a nota da CVM apenas proclama o óbvio, seja em termos jurídicos, contábeis ou econômicos, deixando nua a falta de substância das operações societárias realizadas com o intuito de gerar ágios artificialmente, unicamente com vistas à redução da carga tributária, situação não amparada pela lei, conforme já examinamos.

Ora, se não se concebe a ocorrência de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios, como se justificaria a existência de um ágio nestes casos? Afinal, qual a finalidade da lei tributária (do imposto de renda, em especial), senão estabelecer a carga tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte?

No voto que restou vencido, no Acórdão nº 1101-00.708, a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, cita o exame do conceito de ágio pela doutrina contábil, *in verbis*:

[...]

“[...]o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela referida FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), e citado pela Fiscalização nos termos de sua edição de 2008, afirma o mesmo entendimento no âmbito doutrinário, expondo com clareza o conceito contábil de ágio nos termos a seguir transcritos:

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.** Veja-se, 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**, referencialmente 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, As 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 Destigio

(...)

c) ÁGIO FOR 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 Destigio

a) CONTABILIZAÇÃO

I - 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 (..).

[..]

(destaques cfe original)

Como se observa, tanto as normas contábeis quanto a doutrina são convergentes em não reconhecer a existência de ágio quando não há negociação, ainda que indireta, com terceiros e efetivo pagamento pelas participações subscritas.

A utilização dos princípios contábeis para dar uma resposta satisfatória ao desafio de mensuração do resultado das pessoas jurídicas, foi bem observado por Schoueri, que aborda a solução encontrada pelo legislador pátrio para a questão da dedutibilidade do ágio, *in verbis*:

“Conforme já referido, pelo princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (*o matching principle*), as despesas que sejam diretamente relacionadas a receitas de determinado período devem ser com estas confrontadas, a fim de que não sejam geradas quaisquer distorções. Não seria razoável que se contabilizasse uma receita sem que a despesa que a originou fosse a essa contraposta; caso contrário, se verificariam valores absolutamente fictícios, com resultados negativos no período em que se contabilizasse a despesa e positivos no período que se escriturasse a receita, quando, em verdade, esses valores contrapostos acarretariam um resultado global neutro.

Segundo explana Sérgio de Iudcibus, os princípios dão as grandes linhas filosóficas da resposta contábil aos desafios do sistema de informação da Contabilidade, operando num cenário complexo, no nível dos postulados, formando, pois, o núcleo da doutrina contábil.

Muito além de influenciar as ciências contábeis, é de se notar que os princípios influenciam todos os demais âmbitos de estudo dotado de cientificidade, dentre esses o Direito. Um princípio que fornece respostas satisfatórias a uma ciência pode perfeitamente oferecer respostas também satisfatória a outros âmbitos científicos. E ocorreu justamente isso em matéria de amortização de ágio. Além de fornecer resposta aos desafios contábeis, o princípio do confronto das despesas com as receitas também foi utilizado pelo legislador para fornecer respostas satisfatórias aos desafios fiscais de amortização do ágio.

Foi de rara felicidade a introdução desse princípio, de natureza primordialmente contábil, na apuração do lucro real das pessoas jurídicas nacionais, por parte do Poder Executivo quando formulou o tratamento do ágio na incorporação que atualmente observamos em nosso ordenamento jurídico. Entendeu-se que o momento de dedutibilidade fiscal do ágio deveria estar estritamente vinculado ao momento em que as receitas que acarretaram o seu **pagamento** fossem auferidas, isto é, o momento em que o ágio fosse considerado realizado.

Ora, qual o motivo de se ter pago um montante superior ao valor do patrimônio líquido de uma pessoa jurídica para adquiri-la? A expectativa de auferir resultados positivos futuros em decorrência desse ágio pago é a resposta. Se **os resultados positivos futuros tiveram sua origem em dispêndio com ágio ocorrido no passado**, nada mais correto que registrar esse ágio em ativo para que apenas seja considerado em conta de resultado quando os referidos resultados positivos futuros foram auferidos. Eis onde o legislador acertou ao edificar a regulamentação do ágio ora em vigor.”¹⁰ (grifos nosso)

Muito feliz a observação de Schoueri de que o legislador buscou na ciência contábil a solução para a questão da amortização do ágio. E o fez tanto com relação à adoção do princípio do confronto entre despesas e receitas como também ao já citado princípio do registro pelo valor original, resultante do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, pois ambos se complementam neste caso.

Senão, como se pode falar em dispêndio com ágio pago numa transação que não envolve terceiros? Como se admitir a dedução de um dispêndio que não existiu sobre uma receita que dele não decorreu?

Seria absolutamente contraditório aceitar um princípio e negar o outro.

As conclusões de Luis Eduardo Schoueri¹¹, acerca da previsão legal de dedutibilidade do ágio formado com base na expectativa de rentabilidade futura, reforçam meu entendimento nesse sentido:

“Já na hipótese do dispêndio antes contabilizado como ágio concernente a rentabilidade futura, o auferimento de lucros tributáveis na empresa A é *per se* suficiente para traduzir a realização do dispêndio com o ágio antes incorrido, que deverá ser realizado para compensar os resultados positivos, à medida em que forem ocorrendo.

Daí o porque de após a incorporação o ágio passar a ser ativo intangível, amortizável, uma vez que apenas a partir desse momento os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável.

Dessa forma, para que se possa considerar os lucros auferidos pela Empresa B como real resultado global positivo na Empresa A, faz-se essencial primeiramente baixar o valor originalmente pago a título de ágio contra esses lucros. Isso porque os lucros passarão a ser tributados na Empresa A, e **se não forem baixados os dispêndios anteriormente efetuados, contra as receitas que o fundamentaram, proceder-se-á a tributação de uma não renda.**

Essa é a lógica que informa o art. 7º da Lei nº 9.532/1997: a pessoa jurídica que absorver, em virtude de incorporação, patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio, deverá lançar o valor correspondente ao ágio cujo fundamento seja o de rentabilidade futura da coligada ou controlada incorporada no ativo intangível.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a amortização do ativo diferido, oriundo do ágio fundamentado em rentabilidade futura poderá

¹⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. op cit, p. 71 e 72

¹¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Op cit, p. 79 e 80

ocorrer à razão de 1/60, no máximo, para cada mês do período de apuração, o que corresponde a um período mínimo de amortização de cinco anos.

Ou seja: após a incorporação, a cada mês será lançada uma parcela de 1/60 do **valor originariamente pago a título de ágio**, a título de despesa de amortização do ativo diferido surgido com a incorporação. Essa amortização não é qualquer favor ou benefício, já que o legislador pressupõe que, com a incorporação, o empreendimento lucrativo passe a compro o resultado da incorporadora.

Terá, pois, a incorporadora mensalmente, dois efeitos:

- um valor, lançado a despesa, relativo à amortização do ativo diferido correspondente ao que, antes da incorporação era ágio; e
- um ganho correspondente a lucratividade do empreendimento incorporado.

E por que não se trata de benefício?

Exatamente porque **a incorporadora pagou aquele ágio**. Ou seja: não há como falar em renda se o suposto ganho não corresponde a qualquer riqueza nova. É verdade que o empreendimento é lucrativo; o contribuinte (incorporadora), entretanto, não tem qualquer ganho, até que recupere o ágio que pagou. “ (destaques nossos)

Ora se é lógico não haver a tributação do resultado antes de deduzido o ágio efetivamente pago em face da expectativa de lucratividade futura, da mesma forma não faz sentido deduzir do lucro, como despesa, um valor que não foi efetivamente despendido. O lucro, neste último caso, é o mesmo que a empresa já teria antes da suposta reorganização societária e não ocorreu nenhum dispêndio que justifique a sua redução.

Observe-se ainda que, quando se fala em ágio pago, não se está discutindo a possibilidade do pagamento de uma subscrição ser feita por outros meios que não o pagamento em dinheiro, tais como a dação em pagamento de bens ou direitos.

Não há dúvidas de que o pagamento de uma subscrição possa ser feito sob diversas formas ou meios, como a dação em pagamento de bens ou direitos, p.ex.

A questão que se coloca é que para que se admita a existência do pagamento de ágio é que haja um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente.

Não caracteriza qualquer desembolso a mera transferência escritural das ações registrados pela investidora em seu patrimônio (indevidamente reavaliados) para o da investida. Mormente, se, ato contínuo, é feita a reversão do investimento, mediante a incorporação reversa, apenas para cumprir um requisito legal, sem qualquer modificação do seu controle direto ou indireto, seja quantitativa, seja qualitativamente.

A ausência de um efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pelas participações subscritas em operações com empresas controladas revela a falta de substância econômica das operações o que

impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

Ora, como já visto, 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 na subscrição de investimentos é um fato econômico captado pela ciência contábil e regulado pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis.

É nessa perspectiva que a orientação normativa da CVM e demais normas contábeis devem ser vistas. Não como fonte normativa tributária, mas como elementos para a adequada interpretação da lei quanto aos efeitos do fato econômico (ágio) por ela regulado, pois os seus fundamentos foram buscados na ciência contábil.

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, observadas disposições legais específicas em contrário, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

Pelo exposto, entendo que, também sob o ponto de vista de apuração dos resultados segundo os princípios e as normas contábeis, só pode ser aceita a dedutibilidade de ágio, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, quando este puder ser reconhecido segundo as normas contábeis, uma vez que os referidos dispositivos remetem ao ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1997, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Feitas tais considerações, importa examinar o caso concreto.

Como relatado, o ágio registrado pela Contribuinte e que passou a ser amortizado (montante total de R\$ 31.397.005,27) decorre da incorporação da empresa Oderich Irmãos pela Conservas Oderich SA (autuada).

Entendo que as operações societárias realizadas pela recorrente não se enquadram nas condições de dedutibilidade previstas na lei, conforme razões e fundamentos acima detalhados.

Como dito, trata-se de ágio apurado em operações societárias realizadas pela recorrente e outras empresas sob o mesmo grupo de controle.

Conforme destacado no recorrido, o ágio supostamente gerado teve origem em evento meramente contábil que decorreu da interposição da empresa veículo Lucpar como intermediária entre a Odepar e a Irmãos Oderich, esta última incorporada pela Recorrente, sem que se alterasse, de fato, seus controladores societários. Eis as conclusões do recorrido sobre os fatos:

[...]

De maneira geral, o ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial, quando o valor pago pelas cotas/ações é maior do que o valor patrimonial destas. Pode ocorrer tanto na aquisição da participação societária junto a terceiros, como na subscrição/integralização de capital em sociedade já existente ou em fase de constituição.

Para a caracterização do ágio é necessário que haja dispêndio para obter algo de terceiros. A operação surge da vontade das partes independentes, que, no interesse comum, estabelecem um preço que reflita o valor real do investimento, baseado em fundamentos econômicos que demonstrem não estar plenamente representado na contabilidade da investida, o seu valor justo.

No caso dos autos, constatou-se, que o ágio teve origem em uma construção contábil que decorreu da interposição da empresa LUCPAR como intermediária entre ODEPAR e ODERICH IRMÃOS (incorporada pela recorrente), sem que se alterasse, de fato, os verdadeiros controladores desta: Marcos Odorico Oderich e de Cláudio Oderich.

Deve ser destacado, ainda, que a reserva de usufruto em nome dos usufrutuários Marcos e Claudio Oderich, observada desde o início das operações, com a transferência das ações de Oderich Irmãos para integralizar o aumento de capital da Odepar, também aponta para a ausência de independência entre as partes envolvidas.

Dessa forma, as operações societárias mantiveram o direito dos sócios, Marcos e Claudio Oderich, aos rendimentos de qualquer natureza gerados pelas ações da ODERICH IRMÃOS. Não houve alienação ou aquisição do controle da empresa ODERICH IRMÃOS, o que sempre foi de Marcos Odorico Oderich e de Cláudio Oderich.

Portanto, a incorporação da Irmãos Oderich pela autuada (ora Recorrente) não representou qualquer dispêndio a justificar o reconhecimento do ágio registrado, pelos motivos já expostos.

Com efeito, as operações em questão não se amoldam a hipótese de dedução do ágio prevista nos artigos 385 e 386 do RIR/1999, pois se considerado isoladamente o ágio decorre de operação gerada internamente ao grupo econômico, ou seja entre partes dependentes, e sem qualquer propósito comercial que não a dedução fiscal, haja visto o exíguo prazo em que foram realizadas e concluídas com vistas à sua amortização.

Trata-se efetivamente de ágio de si mesmo, sem qualquer substância econômica que possa permitir a sua dedutibilidade na forma do artigo 386 do RIR/1999, pelos fundamentos já apontados nas considerações iniciais deste voto.

Conforme já apontado, as leis fiscal e societária não amparam o reconhecimento do ágio nas reorganizações societárias em que não existe uma efetiva aquisição de investimentos; quando há uma mera simulação de negócios societários visando unicamente a criar um ágio artificial para reduzir a carga tributária do contribuinte. Ainda que formalmente

regulares, estes negócios societários não tem substância ou existência real.

Com efeito, ao examinar as operações societárias verifica-se a falta de motivação econômica para a operação; ausência de independência entre as partes; falta de sacrifício patrimonial uma vez que decorre de troca de ativos dentro do mesmo grupo de controle; inexistência de modificação da participação no controle (direto ou indireto) da empresa investida após as operações realizadas.

Ao fim e ao cabo, a única modificação que subsiste é a reavaliação do ativos pré-existentes e o ágio a ser amortizado como contrapartida.

Nesse mesmo sentido já se pronunciou este colegiado em outra composição¹² sobre as mesmas operações societárias e glosa do ágio amortizado, por meio do Acórdão nº 9101-003.399, proferido em 05 de fevereiro de 2018, conforme se colhe da seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienantes e adquirentes integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL,
TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razão que demande tratamento diferenciado, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e, no mérito em negar-lhe provimento.

¹² Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Leonardo de Andrade Couto (suplente convocado), Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rego (Presidente em exercício). Acordaram os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Cristiane Silva Costa.

Conclusão

Importa registrar que, nos autos em exame, a situação fática e jurídica encontra correspondência com a verificada na decisão paradigma, de sorte que as razões de decidir nela consignadas são aqui adotadas, não obstante os dados específicos do processo paradigma eventualmente citados neste voto.

Dessa forma, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 47 do Anexo II do RICARF, reproduz-se o decidido no acórdão paradigma, no sentido de conhecer do Recurso Especial e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente Redator