



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 11080.723273/2009-46  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1202-000.954 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 9 de abril de 2013  
**Matéria** glosa de despesa de ágio  
**Recorrente** AGROFEL AGRO COMERCIAL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 2005, 2006

**NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.**

Não verificado que cerceamento do direito de defesa, descabe falar em nulidade do auto de infração, quando presentes no lançamento os elementos do artigo 10 do Decreto n° 70.235, de 1972 e alterações, e do artigo 142 do CTN.

**DESPESAS DE AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.**

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem aumento real do patrimônio e sem alteração do controle das sociedades envolvidas, e a utilização de sociedade veículo, de curta duração, constituem prova da artificialidade do ágio e impedem sua dedução na apuração do resultado tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento fiscal e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Geraldo Valentim Neto e Nereida de Miranda Finamore Horta (Relatora). Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Viviane Vidal Wagner.

*(assinado digitalmente)*

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

Autenticado digitalmente em 02/04/2014 por NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 04/04/2014 por VIVIANE VIDAL WAGNER, Assinado digitalmente em 02/04/2014 por NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA

Impresso em 17/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 11080.723273/2009-46  
Acórdão n.º **1202-000.954**

**S1-C2T2**  
Fl. 3

---

Carlos Alberto Donassolo – Presidente Substituto

*(assinado digitalmente)*

Nereida de Miranda Finamore Horta - Relatora

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Andrada Marcio Canuto Natal, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando Jose Gonçalves Bueno.

## Relatório

A contribuinte Agrofel Agro Comercial Ltda.- “Agrofel” teve contra si iniciado procedimento fiscal, com vistas à apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ no período de apuração de janeiro/2004 a dezembro/2006. O aludido procedimento fiscal culminou com a lavratura de Auto de Infração de IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, com os valores de R\$ 23.921.891,82 e R\$ 8.648.601,70, já com o acréscimo de multa de 75% e juros moratórios.

Conforme consta do Relatório Fiscal, a autuação foi baseada em operação societária que envolveu a recorrente, a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda. (CNPJ 89.286.116/0001-16) – “Ferrarin” e a WF Participações Ltda. (06.100.138/001-49) – “WF”, todas empresas do mesmo grupo econômico.

Nesse caso, houve uma reorganização societária, onde foi criada a empresa WF, cujo capital foi integralizado com o valor da participação da empresa Ferrarin na empresa Agrofel, e durante o período de existência da WF, esta foi a controladora da Agrofel.

A operação societária, segundo apurado pela fiscalização, tinha o escopo de gerar um ágio em determinada empresa e transferi-lo para outra, do mesmo grupo, para permitir a amortização imediata de tal ágio, gerado a partir da avaliação das quotas - de onde se integralizou o capital – com base na rentabilidade futura a partir do método do fluxo de caixa descontado.

Transcrevo do relatório da DRJ extraído do relatório fiscal os passos que conduziram a aludida reorganização:

*“- A Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda. era controladora da Agrofel, com 80% das cotas de capital, Toni Ferrarin detinha 10% das cotas de capital e os outros 10% estavam em ações em tesouraria.*

*- em dezembro de 2003, a Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin, juntamente com Wilson Natal Ferrarin, constitui a WF Participações, na qual integralizou capital com as quotas que detinha na Agrofel.*

*- A WF passou a ser controladora da Agrofel com 80% do capital social, Toni Ferrarin 10% e em tesouraria 10%, enquanto que a Comércio de Produtos Ferrarin controlava a WF com 99,99% do capital social. Como as cotas de capital da Agrofel foram transferidas para a WF a preço de mercado, foi contabilizado um ágio na WF.*

*- A WF passou a ser controladora da Agrofel e controlada pela Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin.*

*- Como as quotas da Agrofel foram transferidas para a WF a preço de mercado, foi contabilizado um ágio na WF.*

- Em maio de 2004, poucos meses após sua constituição, a WF foi incorporada pela Agrofel (operação conhecida como incorporação reversa, na qual a controlada incorpora a controladora), transferindo o ágio para a fiscalizada, que passou a amortizá-lo de imediato, à taxa de 1/60 ao mês.

- O quadro societário da Agrofel depois que esta incorporou a WF ficou da seguinte forma: Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin com 95,53% do capital social; Toni Ferrarin com 2,23%; Wilson Ferrarin com 0,01% e em tesouraria 2,23% da cotas de capital.

Dessa forma, restou extinta a WF Participações Ltda cinco meses depois de sua constituição, período no qual não praticou qualquer operação e não registrou em sua contabilidade nada além dos lançamentos vinculados à sua constituição e à sua extinção por incorporação, caracterizando sua utilização como “empresa veículo”, constituída unicamente para gerar ágio interno (dentro do próprio grupo Ferrarin) e transferi-lo à Agrofel, que usufruiu o benefício fiscal por meio de amortizações.”

Mais adiante, a DRJ em seu Acórdão, resume a reorganização da seguinte forma:

“Em resumo, se “A” (sociedade de participações\*) detém participação em “B” (que desenvolve atividade operacional\*), utiliza essa participação para integralizar o capital em “C” (sociedade veículo\*) a valores de mercado (maiores do que o investimento registrado na contabilidade de “A”), diferindo a tributação do ganho de capital decorrente da operação.

Além do ganho em “A”, a operação gera um ágio em “C”, que recebeu de “A” como integralização de capital a participação societária em “B”, avaliada acima do valor patrimonial de “B” com fundamento em expectativa de resultados futuros. Na sequência, “B” incorpora “C” absorvendo o suposto ágio para amortizá-lo de acordo com o art. 7º, III, da Lei nº 9.532, de 1997.

Assim, a despesa passa a ser dedutível em “B”, enquanto o ganho equivalente permanece diferido em “A” até que a participação em “B” seja alienada ou extinta (o que talvez nunca ocorra).

O autuante continua afirmando que não se pode extrair do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, e tampouco do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, qualquer pressuposto de validação para o ágio artificialmente gerado. Ambos pressupõem a existência do verdadeiro ágio. No mesmo sentido, o art. 6º da Instrução CVM 319/99, que contempla a hipótese de incorporação reversa para aproveitamento do ágio, mas do autêntico ágio, que naquele momento surgia em muitas aquisições de participações nas concessionárias de serviços públicos, e cujo aproveitamento estava sendo otimizado através da replicação do ágio em

*sociedade criada para esse fim, e incorporada posteriormente pela sua controlada. Na origem dessas operações houve pagamento efetivo por esse ágio, hipótese, portanto, completamente distinta da Agrofel.” (\*notas nossas).*

Após a estruturação da operação, a autoridade concluiu que:

“A irregularidade nas operações efetuadas pelo Grupo Ferrarin reside num artificialismo contábil sem suporte econômico, que pretendeu aplicar o tratamento previsto na legislação para o ágio a uma figura estranha ao verdadeiro ágio.”

Em resumo, entendeu a autoridade que toda a operação descrita foi feita com escopo somente de economia fiscal, sem que houvesse o substrato negocial que a justificasse.

A contribuinte foi intimada dos Autos de Infração em 15 de dezembro de 2009, apresentando sua Impugnação em 13 de janeiro de 2010.

Preliminarmente, invoca a nulidade dos autos de infração lavrados, aduzindo a ausência de lei autorizadora da desconsideração dos negócios jurídicos praticados pela contribuinte, uma vez que praticou esses atos atendendo à legislação vigente à época.

Informa, assim, que o artigo 116 do CTN- Código Tributário Nacional, o qual autoriza a desconsideração de negócios jurídicos para fins tributários, é dispositivo de eficácia limitada, que depende de lei ordinária ainda não existente para alcançar a totalidade dos seus efeitos.

Ainda, em sede de preliminar, aduz a nulidade dos autos por ausência de prova dos fatos alegados pela fiscalização, que, em seu entender, consubstanciaram-se em presunções legais frágeis. Entende que a fiscalização descumpriu o seu dever probatório ao desconsiderar os efeitos legais dos atos praticados pela contribuinte.

Relata que as operações foram feitas buscando um parceiro comercial para a formação de uma joint venture ou para a aquisição da empresa “Agrofel”. Nesse aspecto, tal parceiro deveria subscrever e integralizar o valor do investimento realizado pela “Ferrarin” na “Agrofel”, respondendo pelos passivos. Porém, o ingresso no negócio por meio de aporte de capital numa nova holding afastaria tais inconvenientes, fazendo assim, todo o sentido a criação da “WF” para os controladores da contribuinte.

Informa que procedimentos análogos ao desenvolvidos por ela eram justificáveis estrategicamente e incentivados pela legislação vigente, nos termos do artigo 36 da Lei nº 10.637/02.

Aduz ainda que, diferentemente do informado pelo autuante, a partir do segundo trimestre de 2003, buscou parceiros comerciais, o que entende comprovar por meio de documentação anexada a impugnação. Indica que a empresa que a assessorou neste processo era uma das maiores empresas desse ramo de negócio, o que reflete a idoneidade e propósito negocial. Ainda, traz relação de empresas com as quais tentou a aludida negociação.

Porém, após mais de 5 meses da criação da “WF”, sem que houvesse conclusão da formação da joint venture e findo o prazo de 12 meses de mandato outorgado à empresa “Artésia” (empresa contratada para mediação e busca de investidores no mercado)

para a captação de investidores, não havia mais justificativa empresarial para a manutenção da holding, citando alguns aspectos que entende que contribuíram para a questão, entre os quais:

- a crise do setor agrícola da safra 2004/2005;
- a permanência da nova holding oneraria tributariamente a distribuição de resultados às pessoas físicas controladoras da contribuinte, já que representaria a incidência em duplicidade de contribuição ao PIS e da Cofins;
- a extinção da WF não traria prejuízo tributário à “Ferrarin”, na medida em que o artigo 36, §2º da Lei nº 10.637/02 prevê que o investimento realizado a valor de mercado na “WF” não seria considerado realizado para fins tributários em caso de incorporação dessa empresa.

Por tais motivos, não se pode concluir como a fiscalização, no sentido de que a “WF” era empresa veículo utilizada para gerar ágio interno, com posterior transferência à “Agrofel” que usufruiria o benefício fiscal através da amortização.

Reitera a legalidade de suas operações, aduzindo que estas foram estipuladas unicamente com propósitos negociais e que efeitos tributários daí decorrentes são reflexos da legislação vigente à época.

Ainda, no mérito, discorda da fundamentação econômica dada ao ágio pelo fisco, informando a possibilidade legal de sua incorporação e amortização.

Informa que as conclusões dadas pelo relatório fiscal são equivocadas, eis que ou estão em contradição com a legislação vigente no período fiscalizado ou trazem conceitos não contemplados pela legislação fiscal e societária.

O primeiro dos equívocos que busca desfazer é o entendimento de que não existiu acréscimo patrimonial real, o que foi determinado em descompasso com a legislação societária. Diz ter sido ignorado laudo contábil trazido à análise da fiscalização, calculado a partir de metodologia universalmente aceita e praticada, isto é, o “fluxo de caixa descontado” que traduz o valor de mercado de investimento da “Ferrarin” na “Agrofel” em novembro de 2003. Em relação ao Laudo, a autoridade autuante não apontou quaisquer equívocos ou imprecisões, de modo a determinar que houvesse ausência de suporte econômico real.

O segundo equívoco é que o ágio não poderia ser gerado ante a inexistência de acréscimo patrimonial real nas operações fiscalizadas, dado a ausência de desembolso financeiro pelas partes envolvidas e por serem de um mesmo grupo econômico. Alega, neste sentido, que houve o acréscimo patrimonial, tanto é que este ganho de capital integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e que, agir em sentido contrário é descumprir as normas desses tributos. Assim, comprovada a existência do acréscimo patrimonial no ato de subscrição de capital com conferência de participação societária a valor de mercado, as outras consequências são decorrência imediata das normas em vigor à época da operação.

Informa que o desdobramento contábil em equivalência patrimonial e ágio, pela “WF”, a partir da participação que passou a ter na “Agrofel” por meio da integralização realizada pela “Ferrarin”, encontra previsão no artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3000/1999. Ainda, a incorporação do ágio pela

contribuinte e sua respectiva amortização mensal na razão de 1/60 está amparada pela Lei 9532/97, artigos 7º, III, e 8º, “b”.

Informa também ser errôneo o entendimento esposado pelo fisco em relação à aplicabilidade do artigo 7º da Lei nº 9532/97. Informa que a subscrição de participação societária gera perda ou ganho de capital em quem investe, uma vez que terá na composição da base do IRPJ e da CSLL, como contrapartida, o ágio ou deságio na investida. Nesse ponto, colaciona doutrina que ensina que aquisição é gênero do qual subscrição é espécie.

Contrapondo uma segunda afirmação do fisco, de que não seria possível à “Agrofel” receber investimento em si mesma, aduz que este entendimento é contrário à disciplina legal da questão, violando a Lei nº 9532/97, artigo 8º, “b”, o qual indica que o aproveitamento do ágio se aplica ao caso em que *“a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária”*, que em seu entender é a mesma situação do caso concreto.

Como argumento final de mérito, indica a ausência de qualquer prejuízo ao fisco. Informa que, por força do disposto no artigo 36 da Lei nº 10.637/02 – cuja validade se estendeu até sua revogação pela Lei nº 11.196/05 - o ágio apenas se encontra com a tributação diferida e ao tempo da sua realização, levará a neutralidade tributária, conforme disciplina da Lei nº 9532/97.

Alega que não houve qualquer desoneração ou renúncia fiscal, mas mera postergação dos tributos incidentes, gerados a partir da própria legislação tributária. Informa que a realização do ganho diferido na “Ferrarin” se daria pela baixa ou alienação de parte ou totalidade do investimento na “Agrofel”. A baixa ou alienação é, em seu entender, um evento iminente, eis que uma empresa de seu porte requer parceiros para a manutenção das suas atividades empresariais, e junta documentação que comprova que, desde 2008, o Unibanco vem trabalhando para a prospecção de investidores ou compradores para a contribuinte, e que, se mantidos os Autos de Infração, incorreria em situação injusta e ilegal, tributando-se ganho de capital sem a amortização do ágio correspondente.

Por fim, invoca a inaplicabilidade do Acórdão nº 103-23.290 (Processo nº 18.471.001782/2005-36) da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes ao caso em análise, eis que os fatos ali discutidos não guardam similaridade com as operações que levaram à lavratura dos autos de infração, eis que suas operações foram claramente com propósito empresarial ou substância econômica. Naquele caso, não houve qualquer justificativa para a extinção da holding criada por 1(um) dia apenas, enquanto que a “WF” teve motivo para sua criação e a sua extinção se deu por não ter mais sentido. Ademais, na época de que trata o referido Acórdão, não estava vigente o artigo 36 da Lei n. 10.637/2002.

Aduz que a manutenção da “WF” quando de sua incorporação não tinha mais sentido negocial e trazia oneração desnecessária ao grupo econômico ante a dupla tributação de contribuição PIS e Cofins, nos valores pagos como juros sobre o capital próprio.

Assim, requer o reconhecimento das preliminares, determinando-se a anulação dos autos de infração lavrados, ou, com a análise do mérito, determine-se a improcedência dos lançamentos.

A 1ª Turma da DRJ/POA, ao julgar o feito no Acórdão 10-31.188 (fls. 1331/1344), **houve por bem julgar improcedente a impugnação.**

Entende que o formato da reorganização societária adotada, hipótese em que o controle das sociedades envolvidas ao final da operação continuou em poder do mesmo grupo econômico, constituiria forma artificial de gerar ágio e, assim, não é capaz de gerar efeito tributário.

Analisando as preliminares, entende que não há motivo que leve à nulidade dos autos de infração. Não houve ofensa aos aspectos formais exigidos pelo artigo 142 do CTN – Código Tributário Nacional e tampouco ao artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

Do mesmo modo, não foi verificada a nulidade em relação à incompetência do agente e cerceamento do direito de defesa, previstos no artigo 59 do citado Decreto. Com isso, entendendo que aludidas questões dizem respeito ao mérito da demanda, rejeita as preliminares.

Ao apreciar o mérito, de início, informa que é reconhecido o direito da contribuinte estruturar seu negócio da maneira que lhe aprouver, especialmente visando a redução de custos e despesas, inclusive as de ordem tributária, sem que isso indique ilegalidade. Por outro lado, é inadmissível que sob a aura de aparente legalidade, sem que haja finalidade negocial ou empresarial, haja tais modificações unicamente com o fim de reduzir o pagamento de tributos.

Indica que há clara demonstração de esmero com a realização da operação por parte da contribuinte, que a justifica por meio da “teoria do propósito negocial” (*business purpose*). Ainda, destaca que a aludida reorganização não feriu nenhuma lei e possui ares de legalidade. Porém, o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, devendo haver uma conformação entre a existência do direito e a maneira de seu exercício, sob pena de se incorrer em abuso de direito. Cita doutrina de Marco Aurélio Grecco, *in* Planejamento Tributário, 2008, Editora Dialética, páginas 190 a 200, e jurisprudência administrativa deste Conselho que entende corroborarem com seu ponto de vista.

As jurisprudências administrativas trazidas são:

*“INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE “EMPRESA VEÍCULO”. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora.” (Acórdão nº 10323.290, Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, relator Aloysio José Percínio da Silva, sessão do dia 5 de dezembro de 2007)*

*INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração*

*mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. (Acórdão nº 10196.724, Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, relatora Sandra Maria Faroni, sessão do dia 28 de maio de 2008)”*

Ressalta que o planejamento tributário não tem caráter ilícito, mas que não se pode considerar quando a forma de tal ato é artificial, com efeitos exclusivamente tributários sem que haja qualquer reflexo econômico ou negocial. Aduz que este é o caso dos autos, onde ao final do processo, verifica-se que o resultado foi a mesma composição societária inicial e com volumoso valor de ágio, amortizado na “Agrofel”.

Aduz que a tributação é imprescindível para buscar o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal, motivo pelo qual é inadmissível o planejamento tributário com finalidade única de redução do pagamento dos tributos, como fez a contribuinte. Cita os acórdãos nºs 10517083 e 10517084, adotados pela 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes em 25 de junho de 2008, e o acórdão adotado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça na apreciação do Recurso Especial nº 946.707/RS, relatado pelo Ministro Herman Benjamin em 25 de agosto de 2009, relatando que mesmo na seara internacional se tem tal postura, citando *leading case* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América – caso *Gregory v. Helvering*.

Analisando o caso concreto, seu entender é de que as justificativas trazidas pelo sujeito passivo não são convincentes ao informar que *“buscava um parceiro ou adquirente para a Agrofel ou um parceiro para a formação de uma joint venture, em vista dos passivos da Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda,... O Memorando apresentado pela Artesia com relação de potenciais investidores e estágio de negociações (fls. 1124/1132) aponta sete potenciais investidores contatados no ano de 2003. Entretanto, esse documento não indica que houve alguma negociação efetiva. São somente anotações relativos supostos contatos realizados naquele ano.”*

Ainda, informa haver outro documento que aponta negociação com o Banco Unibanco, mas que esse documento apenas indica “proposta de assessoramento”, não configurando efetiva transação ou transferindo poderes ao banco, não havendo nada posterior que indique o prosseguimento dessa atividade. Tais indícios tornam frágil por demais a alegação da contribuinte de que houve um parceiro ou mesmo adquirente para a “Agrofel”, destacando que, se tal negociação houve, foi feita em momento posterior ao procedimento de alteração societária da empresa. Em seu entender, não há provas suficientes de que de fato se buscou um parceiro comercial que justificasse toda a operação societária.

Destaca que é equivocado o argumento de que não houve prejuízo ao fisco, eis que *“na medida em que o ganho de capital da controladora da Agrofel está apenas com a tributação diferida até o tempo de sua realização, pois a alienação da Agrofel talvez, como argumenta o autuante, nunca venha se realizar, não há nenhuma indicação nesse sentido, mesmo depois de todo o tempo transcorrido desde as alterações societárias”*, destacando que a situação posta, até o momento da impugnação, não se alterou em relação ao quadro da “Agrofel” nas datas da alteração societária, *in casu*, dezembro de 2003 e maio de 2004. Informa que a ocorrência de ágio é deixada bastante clara pelo autuante, não havendo discussão a respeito.

Ainda, no entender do acórdão, a discussão diz respeito à aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97, responsável por disciplinar os efeitos fiscais das operações societárias envolvendo o ágio, sendo este foi verificado “quando da aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido, quando esse investimento for efetuado em uma sociedade coligada ou controlada. Segundo o art. 20, § 2º, do Decreto lei nº 1.598, de 1977, o ágio pode ter como fundamento econômico as seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas”, ficando a cargo da aludida lei os efeitos fiscais do ágio pós-realização de operação societária.

Salienta o Acórdão que a previsão legal contida nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97 não se destinou apenas às privatizações, mas sim para qualquer pessoa jurídica que se inclua no ditame legal, o que motivou os mais diversos contribuintes a solicitar o benefício fiscal de modo a reduzir os encargos tributários, cabendo ao fisco a adequação da medida pretendida.

Nesse passo, destaca que nada impede que os contribuintes busquem formas de reduzir o pagamento dos tributos, mas que tal procedimento deve-se ater ao autorizado pela norma. No caso, verificou-se, ante as provas trazidas com os autos, que o procedimento adotado pela contribuinte, de dar tratamento fiscal e contábil com lastro nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97 foi forjado com o intuito de “gerar um ágio interno sem qualquer suporte econômico. As provas dos autos corroboram a acusação fiscal”.

Continuando, diz que:

*“Entendo que as normas legais citadas pelo autuante não abrigam aqueles que se posicionam artificialmente diante dela. Nada impede que os contribuintes busquem formas de pagar menos tributos, mas o procedimento deve estar dentro daquilo que é autorizado pelo ordenamento jurídico, mas sem o mascaramento dos atos praticados para o atingimento desses objetivos, como é o caso dos autos.”*

Ao final, julga improcedente a impugnação.

A contribuinte foi intimada da decisão pela via postal, em 14 de julho de 2011, apresentou seu Recurso Voluntário tempestivamente em 15 de agosto de 2011, onde reitera as alegações trazidas com sua impugnação.

Apontando algumas questões em relação ao Acórdão da DRJ, discorre primeiramente, em relação ao exame das razões negociais, entendeu que os julgadores se manifestaram contraditoriamente, reconhecendo que estavam presentes as razões (fls. 1337/1338) e, depois, qualificou-as como pouco convincentes (fls. 1341).

Argui que, durante a fiscalização, deveriam ter sido solicitados os documentos que comprovassem as razões para a dedução do ágio, o que não foi feito, da mesma forma, a autoridade lançadora não provou que não havia razão negocial para a reorganização societária em comento. A lavratura se deu com base em presunções, o que se

pode verificar do relatório da autuante

A recorrente trouxe a prova das negociações que estavam sendo pretendidas tanto que firmou contrato com a empresa Artésia Gestão de Recursos S/A (DOC nº 2 – Impugnação) para que os assessorasse na busca de investidor, com uma remuneração de R\$200.000,00, o qual se findou em maio de 2004. A empresa em referência e seu sócio, Marcelo Faria de Lima, conduziram algumas das maiores operações de aquisições dos últimos anos e também processos de abertura de capital (IPOS) de várias empresas, como demonstra nas reportagens anexas.

Ainda, no DOC nº 4 da Impugnação, apresenta os acertos feitos com os Diretores Financeiro e Comercial em caso de venda do controle da empresa.

Nesse contexto de negociações, venda, encontro de novos investidores, a recorrente contratou um Laudo de Avaliação do seu negócio pela metodologia do fluxo de caixa descontado, que é aceita pela Lei das S/A, em seu artigo 4º, § 4º, consoante DOC nº 7 – Impugnação. Também o documento de contratação do Banco Unibanco para encontrar investidores (DOC nº 8 – Impugnação).

A “Artésia” apresenta relatório em 10 de novembro de 2003, listando os pretendentes e apresentando o estágio das negociações, sendo que há duas empresas com interesses concretos: DALIAN RAISER PESTICIDES CO. LTDA e NUFARM. No relatório consta que a NUFARM já havia levado o assunto ao Conselho de Administração.

Reforça que o objetivo da constituição da *holding*, em dezembro de 2003, deve-se aos parcelamentos tributários que a “Ferrarin” possuía, bem como em relação aos bens imóveis, os quais não seriam objetos de negociação. Juntou em sede de Recurso, DOC nº2, extrato da conta REFIS, de 30/11/2003, o saldo do débito parcelado de R\$10.557.449,03.

Aponta ainda que as operações realizadas tiveram propósitos outros que não unicamente o de economia tributária, tanto que somente após esforços mantidos para a negociação ou procura de novo investidor, foi constituída *holding* com constituição de ágio, e, após 5 meses, foi feita incorporação. Ademais, em 2003 e nos períodos de janeiro a abril de 2004, a recorrente apurou lucro real e recolheu IRPJ e CSLL, suportando a importância da dedução do ágio.

Em relação à fundamentação do ágio, esclarece que a legislação tributária se encarregou de diferir essa tributação para a baixa ou alienação, nos termos do seu artigo 36 retrocitado. Tanto é que o desdobramento do ágio foi feito segundo o artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99.

Em 5 de dezembro de 2011, a Procuradoria-Geral da União Federal apresentou suas contrarrazões requerendo que seja negado provimento ao Recurso Voluntário:

- por se tratar de uma reorganização societária sem qualquer propósito negocial necessário, ou seja, não houve qualquer intenção negocial, mas apenas a de reduzir o custo tributário;

- a empresa “WF” foi criada para ser uma empresa-veículo;

- para se falar em ágio ou deságio é preciso que haja a efetiva aquisição de um investimento, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais;

- não há o fundamento econômico de que trata o artigo 385 do RIR/99;
- a Resolução nº 1157/2009 do Conselho Federal de Contabilidade – CFC, no parágrafo 50 - Capítulo relativo ao ‘ágio por expectativa de rentabilidade futura’ censura o procedimento de contabilização do próprio ágio;
- em OfícioCircular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção ao ágio criado artificialmente, onde, indevidamente, empresas geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial);
- ainda que o ganho de capital e a criação do ágio tivessem sido na vigência de dispositivo legal, artigo 36 da Lei nº 10.637/2002, a contabilização e a posterior amortização do ágio não poderiam ser fundamentadas pelo mesmo dispositivo legal, por ter sido revogado pela Lei 11.196/05;
- por não apresentar propósito comercial e substrato econômico, a única conclusão que se tem é que o ágio nunca existiu, foi criado no papel. Logo, a dedutibilidade da amortização com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99) ou outra norma, não pode ser aceita uma vez que a criação do ágio não é válida e não é eficaz;
- conclui que, segundo os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa quando decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio;
- cita jurisprudência do CARF, Acórdãos nºs: 10196724; 10323290; 10517219; e 1301.00.058.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Tratam-se os Autos de exigência de IRPJ e de CSLL com fundamento na: (i) indedutibilidade da despesa de amortização de ágio, correspondentes a 1/60 avos, nos meses de maio de 2004 a setembro de 2008; e, (ii) descon sideração do prejuízo fiscal dos anos-calendários de 2005 e 2006 pela indedutibilidade da mesma amortização de ágio.

Como relatado, o referido ágio tem origem na integralização de capital na empresa “WF” com a quotas da recorrente, “Agrofel”, ambas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico. O ágio foi apurado em virtude das quotas terem sido avaliadas a mercado com fundamento na rentabilidade futura tendo como base a previsão de fluxo de caixa descontado, e essas mesmas quotas terem sido objeto de integralização de capital.

A autoridade lançadora entendeu que as operações foram realizadas com o único objetivo de economia fiscal e sem qualquer substrato econômico. A mesma autoridade cita, em seu Relatório Fiscal, que todas as operações foram feitas para justificar a expectativa de amortização do ágio pelo qual nada se pagou, ou seja: o ágio não foi gerado por operação realizada entre partes independentes, mas pessoas jurídicas pertencentes a um mesmo grupo econômico; não houve ingresso de recursos novos, logo, o acervo líquido não pode representar acréscimo patrimonial real; e também que o ágio decorreu de uma simples construção contábil sem suporte econômico. Nesse contexto, conclui que não há qualquer respaldo na legislação societária, tributária ou na contabilidade para o ágio gerado, isto é, não se aplica o artigo 36 da Lei nº 10637/2002, tampouco o artigo 7º da Lei nº 9532/1997, ou mesmo o artigo 6º da Instrução CVM 319/99. Traz ainda o Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1/2007 que claramente não admite o denominado “ágio interno”, como classifica o caso sob análise.

O Acórdão recorrido manteve o lançamento por concordar que essa forma de reorganização societária que obtém, ao final, o mesmo controle de grupo econômico, não tem substrato econômico, mas objetivo único de redução da carga tributária.

### DA NULIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO PELA AUSÊNCIA DE PROVA DA AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL DAS OPERAÇÕES FISCALIZADAS

A recorrente, preliminarmente, alega a nulidade dos autos de infração lavrados por inexistir lei que autorize a descon sideração dos negócios jurídicos e pela ausência de prova dos fatos suscitados pela fiscalização, que, em seu entender, consubstanciaram-se em presunções legais frágeis. Alega ainda que, em relação à descon sideração da personalidade jurídica, o artigo 116 do CTN tem eficácia limitada, pois ainda depende de lei ordinária, que ainda não foi publicada.

A recorrente traz também que a glosa dos efeitos foi consubstanciada na ausência de propósito econômico ou negocial, mas, ao contrário, estavam presentes e foram comprovados em sua Impugnação. Explica que o Acórdão recorrido não fez a devida análise dessas comprovações. Aliás, a análise partiu da premissa de que o grupo econômico, em que está inserida a recorrente, foi cuidadoso na justificativa do propósito negocial ou dos aspectos econômicos e societários, fls. 1337 e 1338, contudo, às fls. 1341, ao concluir, entendeu que não ficou comprovado o aspecto negocial, econômico ou societário.

Continuando, a recorrente repisa os argumentos trazidos em sua Impugnação por entender que a fiscalização descumpriu dever probatório a ela imputado, ao desconsiderar os efeitos legais dos atos praticados por ela (recorrente).

Ora, verifica-se de pronto que a autoridade autuante ou a turma julgadora de 1ª Instância se valeram de todo o material apresentado pela recorrente, tanto durante a fiscalização como em sede de Impugnação, mesmo assim, concluiu pela procedência do lançamento. Ademais, pelos autos, verifica-se que o agente fiscal agiu nos estritos limites impostos pela legislação, tendo feito intimações à interessada durante a fiscalização, oferecendo-lhe, assim, oportunidades para apresentar esclarecimentos e os documentos requisitados, os quais não o convenceram e, cumprindo seu dever lavrou o lançamento nos termos do artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972 ou do artigo 142 do CTN. Da mesma forma, a turma julgadora se utilizou de todo o material a ela disposto para concluir sua decisão. Portanto, não é possível se verificar qualquer contrariedade ao Procedimento Fiscal Administrativo de que dispõe o Decreto nº 70.235/1972. Também não se verifica nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972.

Também em relação à aplicabilidade do artigo 116 do CTN, tanto a autoridade lançadora como a DRJ, em seu julgamento de mérito, concluíram pela falta de propósito negocial nas operações realizadas entre empresas de um mesmo grupo econômico. Fato esse que não traduz qualquer nulidade.

Desse modo, o voto é no sentido de rejeitar a preliminar aventada pela recorrente.

## DO ÁGIO

Como relatado, o ágio é decorrente da integralização de capital na “WF” de quotas da “Agrofel”, as quais, como consta do Laudo de Avaliação, foram avaliadas a mercado com base em fluxo de caixa descontado, isto é, rentabilidade futura.

A reorganização que originou o ágio se deu, em resumo, da seguinte forma:

- Em dezembro de 2003, a “Ferrarin” e Wilson Natal Ferrarin constituíram a WF Participações, mediante integralização de capital com quotas que detinha na “Agrofel”;
- Como as quotas da “Agrofel” foram transferidas para a “WF”, a preço de mercado, foi contabilizado um ágio na “WF”;
- Em seguida, a “WF” passou a ser (i) controlada pela “Ferrarin” com 99,99% e (ii) controladora da “Agrofel”, participando com 80% do capital social (estando o restante com Toni Ferrarin, 10% e, em tesouraria, 10%).

- Em maio de 2004, a “WF” foi incorporada pela “Agrofel” (incorporação reversa), quando se passou a amortizar o ágio à taxa de 1/60 ao mês.

Inicialmente, esclareça-se que não houve qualquer questionamento, por parte da autoridade lançadora ou da turma julgadora, sobre o Laudo de Avaliação que serviu de base para o cálculo do valor a mercado. Logo, o fundamento do ágio como rentabilidade futura foi corretamente suportado pelo Laudo de Avaliação sob o método de fluxo de caixa descontado.

A autoridade lançadora e a turma julgadora entenderam que não havia propósito negocial para a realização das operações, o ágio foi gerado dentre as empresas do mesmo grupo econômico sem pagamento ou transferência de recursos entre as partes, e o objetivo único foi reduzir tributos. Enfim, o “ágio interno” foi gerado com o único objetivo de economia fiscal, mediante um artificialismo contábil sem substância econômica. A DRJ inclusive diz que o ágio, da forma que foi apurado, não é aceito pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por ser um artificialismo contábil.

A recorrente, por sua vez, trouxe aos Autos, tanto na sua Impugnação como no seu Recurso Voluntário, suas justificativas econômicas e societárias para a reorganização que realizou, qual seja: (i) deixar a “Agrofel” pronta para ser totalmente vendida; ou, (ii) como segunda alternativa, a obtenção de um sócio ou parceiro comercial para a formação de uma *joint venture*. A recorrente esclarece e comprova que a “Ferrarin” possuía parcelamentos tributários e também imóveis que não seriam incluídos na negociação, assim, a constituição da “WF” se deu para que esses itens ficassem fora das possíveis negociações de venda ou de ingresso de novos sócios, ou mesmo que o parcelamento prejudicasse a valorização do investimento a ser vendido.

A “WF”, assim, foi criada como uma *holding* de modo a receber os ativos e passivos que fariam parte da negociação, foi essa a forma escolhida para excluir determinados itens da negociação mediante a venda ou formação de uma *joint venture*. Como a intenção do Grupo era buscar novos sócios ou vender a empresa que a “WF” controlava – a “Agrofel”, deu-se a capitalização da mesma com quotas da “Agrofel”, que poderia ser ou não a valor de mercado. A alternativa da avaliação de mercado tinha outro resultado a ser considerado que é o diferimento do ganho para o momento da realização, nos termos do artigo 36 da Lei nº 10.637/2002, vigente à época.

A recorrente, como comprovação de sua intenção de venda ou formação de *joint venture*, trouxe aos autos:

- o “Contrato de Assessoria Financeira” celebrado com a Artesia Gestão de Recursos (“Artesia”), cujo objeto era a captação de investidores, esclarecendo assim a intenção do Grupo nas próprias cláusulas contratuais. Como resultado dessa prestação de serviços, foram anexados laudos e pareceres técnicos, bem como memorandos contendo o estágio das negociações com investidores interessados na aquisição;

- o contrato celebrado com o Banco Unibanco para a prospecção de investidores ou compradores para a contribuinte. Isto é, contrato com terceiro para a venda ou formação de *joint venture*; e,

- a negociação de saída que feita com os Diretores Financeiro e Comercial para o momento em que o controle da empresa fosse vendido.

Passados 12 meses da celebração de contrato com a “Artesia”, sem obter resultado algum, e, após 5 meses da constituição da “WF”, houve a incorporação às avessas da “WF” pela “Agrofel”. Importante frisar que também a incorporação às avessas propriamente dita não foi objeto de questionamento por parte da autoridade lançadora.

Explica a recorrente que a decisão de incorporar teve como base a crise do setor agrícola, a oneração da distribuição de juros sobre capital próprio para a “Ferrarin” com a inclusão da *holding*, e a incorporação não configuraria hipótese de tributação do ganho que foi diferido quando da capitalização das quotas a valor de mercado. São fatos que apareceram após 5 meses da constituição da “WF”. Ademais, como consta dos autos, a recorrente recolheu IRPJ e CSLL, em 2003, no valor de R\$6.696.496, 24, e, em 2004, R\$300.000,00. Com todos esses fatores, se a reorganização tivesse como único objetivo a economia tributária, não deveria esperar o prazo que esperou ou mesmo recolher os tributos que recolheu, mas incorporar em tempo tal que deduzisse a amortização do ágio e, o ponto aqui sob discussão, não fosse feito recolhimento nenhum de tributo.

Tem sido bastante discutido nas reorganizações societárias onde há apuração de ágio, sua motivação econômica, a qual, como vimos e listamos acima, ficou plenamente demonstrada, isto é, a estratégia do grupo em vender ou formar uma joint venture, a não exiguidade do tempo (não se passaram dias, que é o que comumente verificamos, mas meses e encerramento de um ano-calendário), e também houve recolhimento de tributos nesse interim.

Outro ponto levantado pelas autoridades foi que as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico, o que também não tem respaldo legal e também não é um ponto determinante para que se conclua que as operações não tinham propósito comercial, bem como não há qualquer restrição legal. Nesse sentido, o voto vencedor do Acórdão nº 1101-00.708, de 2012 (Caso “Gerdau”), concluiu que o fato da operação ocorrer entre empresas do grupo não há descaracterização do ágio. Ainda mais, como é o caso sob análise, quando há motivos comerciais e econômicos para criação de empresa holding.

Ademais, importante esclarecer que os artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, cujo fundamento legal é o Decreto-lei nº 1598/77, artigo 20, e artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97, dispõem sobre a apuração do ágio quando da aquisição de participação societária, bem como da sua amortização, a saber:

### **Desdobramento do Custo de Aquisição**

*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).

### **Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão**

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).*

Com isso, temos que a legislação admite que o valor do ágio apurado em participações societárias, cujo fundamento econômico seja a rentabilidade apurada com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou fluxo de caixa descontado, seja amortizado e deduzido, para fins de IRPJ e CSLL, em caso de incorporação, fusão ou cisão, quando houver absorção de patrimônio de outra, desde que referido ágio seja documentado adequadamente.

O lançamento aqui em comento se deu tendo em vista que: (i) o ágio foi criado por operações realizadas entre empresas do mesmo grupo econômico, logo, o ágio não ocorreu entre partes independentes; (ii) não houve pagamento ou qualquer transferência de recursos entre as partes, logo, não é possível obter ganho real; e (iii) não se demonstrou a justificativa econômica ou societária.

Pela leitura dos normativos acima transcritos, temos que o adquirente de investimento em participação societária, deve desdobrar o valor pago entre investimento (valor patrimonial da participação adquirida) e o ágio (diferença entre o valor pago e o valor patrimonial). No caso em comento, o desdobramento tornou-se obrigatório pela aquisição mediante a conferência de quotas para capitalização da empresa, e ficou apurado o valor do patrimônio líquido e o valor do ágio, bem como sua amortização, à razão de 1/60 avos ao mês, no máximo. O ágio, seguindo os ditames do parágrafo 2º do mesmo artigo 385, foi fundamentado em rentabilidade futura, consoante Laudo de Avaliação. Dada a apuração do ágio com base em rentabilidade futura, sua amortização, para fins de se considerar despesa dedutível no cálculo do IRPJ e da CSLL, deve obedecer aos comandos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9532/97, o que foi seguido pela recorrente.

Em relação à não tributação da parcela correspondente à diferença entre o valor do patrimônio líquido e o valor de integralização de capital, no momento da capitalização da “WF”, a permissão foi dada pelo artigo 36 da Lei nº 10.637/2002, vigente à época, a saber:

*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 de 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. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 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: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*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. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Não há dúvidas, assim, que o ágio obtido por intermédio da constituição da “WF” com quotas da “Agrofel” tem seu fundamento legal no artigo 36 da Lei nº 10.637/2002. Ademais, também a Lei das S/A aceita a integralização do capital a valor contábil ou a valor de mercado, desde que adequadamente documentado, que é o que embasou o Laudo de Avaliação apresentado.

A DRJ traz o entendimento da CVM, o qual discorda que haja ágio em negociação entre empresas do mesmo grupo econômico. Ocorre que a não concordância da CVM com a apuração de ágio nos termos aqui sob análise também não deve trazer nenhuma implicação tributária. O entendimento exarado por um órgão fiscalizador do mercado de capitais não tem o condão de alterar a legislação tributária, não afasta a aplicação das normas tributárias vigentes.

Sobre o assunto, trazemos o que disse o ilustre professor Luis Eduardo Schoueri, in “*Ágio em reorganizações societárias (Aspectos Tributários)*”, Dialética, 2012, páginas 105 e 111:

*“Sob o aspecto tributário, por sua vez, verifica-se ser comum entre os contribuintes a utilização de estruturas em que o ágio é gerado internamente, em operações realizadas entre partes relacionadas.*

*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 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.*

...

*O conceito tributário de ágio independe do conceito contábil do ágio. O art. 20 do Decreto-lei nº 1598/1977, que dá fundamento ao art. 385 do RIR, já mencionava a necessidade de, na aquisição de investimento em sociedade coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido, o custo de aquisição ser desdobrado entre o valor do patrimônio líquido e a diferença entre o custo de aquisição do investimento e este valor, i. e., o ágio ou deságio.*

*Tal dispositivo não faz qualquer remissão ou referência à Lei nº 6404/1976, de modo que se pode afirmar que, desde o princípio, a legislação tributária não se utilizou do conceito contábil de ágio.”*

Também se posicionaram nesse sentido, os professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, em seu artigo “*Incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*”, onde concluíram que, apesar de contabilmente não ter sido aceito, sob o ponto de vista tributário, está em consonância com o artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002.

Ademais, é reconhecido de todos que a contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive a redução dos tributos, sem que isso implique em qualquer ilegalidade e desde que tenha razões econômicas, societárias ou negociais para tanto, as quais ficaram aqui plenamente demonstradas.

Por todo o exposto, a glosa deve ser revertida uma vez que, além de seguir os ditames legais, também há motivos societários, econômicos e negociais para a reestruturação realizada, e, não se resume ao único objetivo de reduzir tributo. Portanto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

*(assinado digitalmente)*

Nereida de Miranda Finamore Horta, relatora

## Voto Vencedor

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Redatora designada

A divergência quanto ao voto da ilustre relatora refere-se ao mérito da questão: a dedutibilidade ou indedutibilidade das despesas de ágio na apuração do lucro real.

É questão incontroversa, no caso concreto, que a operação societária que gerou o ágio foi realizada entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, ou seja, empresas interligadas.

Em que pese bem descritos, os argumentos retro não convenceram a maioria da turma sobre a possibilidade de dedução como despesa do ágio gerado internamente.

A acusação fiscal aponta que a transferência do ágio entre as empresas relacionadas, incluindo a participação de empresa veículo, se deu com o escopo de permitir a amortização imediata de tal ágio, sem qualquer propósito negocial.

A recorrente sustenta o direito a dedução da despesa, visto que o desdobramento do ágio teria sido feito nos termos do art. 385 do RIR/99 e não teria sido questionado o Laudo de Avaliação que serviu de base para determinação do valor real do investimento, cuja tributação poderia ser diferida nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002. Sem razão.

Ressalte-se que a formação do ágio ocorre no momento da aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido.

Na época das privatizações das empresas públicas brasileiras, o legislador criou norma para beneficiar as adquirentes, as quais, na maioria das vezes, adquiriam as participações societárias nas empresas privatizadas por valor superior ao do patrimônio líquido, gerando um ágio, seguido de uma operação de incorporação, fusão ou cisão.

A Lei nº 9.532/97 veio disciplinar os efeitos fiscais do ágio posteriormente à realização das operações societárias, nos seguintes termos:

*Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*

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

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

*III-poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Do texto legal se extrai que se houver uma efetiva aquisição e o patrimônio líquido da adquirida se mostrar menor que o custo de aquisição do investimento, surgirá o ágio passível de amortização com efeitos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a pessoa jurídica detentora da participação societária adquirida com ágio incorpore a investida ou vice-versa, segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que prevê:

*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. (destacou-se)*

Como se vê, de acordo com o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o ágio pode ter fundamento econômico nas seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, para ser considerada despesa dedutível, o ágio suportado pela empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem, **concomitantemente, um propósito negocial**, compreendido este como a razão negocial para

adquirir um investimento por valor superior ao custo original, bem como um efetivo substrato econômico, decorrente da aquisição de negócio comutativo entre partes independentes, com dispêndio de recursos e previsão de ganho. É o que decorre da lei.

A transação onerosa com terceiros, ou seja, entre empresas não ligadas entre si, é pressuposto da geração de ágio e decorre da lei. A leitura que se faz do art. 7º da Lei nº 9.532/97, combinado com o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, implica na verificação de ágio dedutível apenas quando formado entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição.

Numa reorganização societária, deve haver consistência entre o motivo propulsor, o ato de criação do ágio em si e o resultado pretendido. Assim, o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária deve ter como origem um propósito econômico real e um efetivo substrato econômico, concomitantemente.

No presente caso, a fiscalização glosou as despesas de ágio após concluir que o ágio deduzido pela Recorrente não resultou de operação onerosa com terceiros, envolvendo pagamento, e sim de operação entre empresas do mesmo grupo econômico, com a participação de empresa veículo, em que houve mera reavaliação de ações.

Uma análise da cronologia dos fatos deixa claro que houve a criação de uma empresa veículo (WF), por empresas e pessoas relacionadas ao grupo Ferrarin, para registro de um ágio. Essa empresa veículo (WF) passou a ser controladora da Agrofel (ora recorrente) com 80% do capital social, tendo contabilizado ágio pela integralização de cotas de capital da Agrofel transferidas a preço de mercado. Cinco meses após, a mesma WF foi incorporada pela Agrofel que pretende aproveitar as despesas de amortização desse ágio.

Se antes das alterações societárias, a Agrofel era controlada pela Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin Ltda., com 80% das cotas de capital, Toni Ferrarin detinha 10% das cotas de capital e os outros 10% estavam em ações em tesouraria, após as alterações, o quadro societário da recorrente passou a ser: Comércio de Produtos Agrícolas Ferrarin com 95,53% do capital social; Toni Ferrarin com 2,23%; Wilson Ferrarin com 0,01% e em tesouraria 2,23% da cotas de capital.

Veja-se que, ao final do ciclo de alterações societárias, houve um mero incremento na participação societária da controladora da Agrofel. Em momento algum, houve ingresso de recursos de terceiros alheios ao grupo Ferrarin, inexistindo um efetivo incremento patrimonial a justificar a contabilização e o aproveitamento, para fins tributários, do ágio gerado internamente.

O ágio gerado nas operações intragrupo tem sido considerado um procedimento contábil inadequado, cabendo mencionar, nesse sentido, a posição da Comissão de Valores Mobiliários — CVM, com a emissão do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP IV 01/2007, visando esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade. No trecho abaixo transcrito são destacadas situações semelhantes ao do presente caso, em que empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio artificialmente, sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial) que justifique o aumento patrimonial:

*OFICIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP IV 01/2007*

*Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007*

*Aos Senhores*

*Diretores de Relações com Investidores e Auditores Independentes*

*ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas*

*Prezados Senhores,*

*Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM tem como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas as normas internacionais emitidas pelo IASB.*

*A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), Jose Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szus ter (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.*

*[...]*

#### *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 hit 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. (destaquei)*

Embora destinada às sociedades de capital aberto, a orientação deve ser aplicada por todas as sociedades, pois, como se sabe, a ciência contábil não é uma ciência exata e as práticas contábeis decorrem de princípios e normas orientadoras dos procedimentos. A CVM, na manutenção de seu arcabouço normativo contábil, conta com a colaboração de entidades representativas da profissão contábil, como ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP, além do próprio Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

Ademais, o mesmo entendimento é confirmado pelo CPC no item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008, aplicável a todas as pessoas jurídicas, e que dispõe:

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

Em complemento, cabe ainda referir a jurisprudência do CARF manifestada no acórdão nº 1302-00834, de março de 2012, onde se decidiu que, a partir da interpretação conjunta do art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97 com o art. 20, caput, do Decreto-lei nº 1.598/77, compreende-se que, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, se o custo referente ao ágio deve ser segregado, somente quem adquiriu a participação societária com sobrepreço terá a faculdade de amortizar o ágio antes segregado.

#### **Ausência de propósito negocial e substrato econômico.**

Cabe ressaltar que a obrigatoriedade de propósito negocial nas operações realizadas pelas pessoas jurídicas que têm como objetivo principal a realização de atividade lucrativa decorre dos princípios da boa-fé que as partes devem ter quando negociam entre si, bem como da função social de todos os contratos, como se extrai dos arts 421 e 422 do Código Civil. A ausência desses requisitos intrínsecos compromete a validade dos atos e negócios jurídicos. Não poderia ser diferente na seara tributária.

Ademais, para fins tributários, a ocorrência de fato gerador independe “*da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos*”, a teor do art. 118, inciso I, do CTN.

Desde o marco no tema "planejamento tributário" representado pela obra de Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004), a jurisprudência tem considerado como ponto fulcral da análise do planejamento sua oponibilidade ou inoponibilidade ao fisco.

Assim, a necessidade de uma aquisição onerosa de terceiros para formação do ágio deve ser considerada no exame das operações de reorganização societária, para fins de incidência tributária, já que tais operações podem ser utilizadas como instrumento de planejamento tributário, desde que demonstrados os fundamentos econômicos da operação, o que, definitivamente, não ocorre quando se adquire de partes interligadas e sem qualquer desembolso financeiro.

O ágio em análise teve por fundamento a rentabilidade futura, com lastro no laudo de avaliação apresentado pela recorrente, referente ao patrimônio da investida. Ocorre que o papel do laudo de avaliação não é relevante, nesse caso, pois não é o documento que gera o ágio. A rentabilidade futura deve ser passível de ser verificada no caso concreto, o que fica prejudicado quando se tratam de empresas inter-relacionadas.

No presente caso, o artificialismo da geração do ágio decorre da verificação de diversas situações que comprometem sua validade. Nesse sentido, as operações realizadas em datas muito próximas, e com a participação de empresa veículo, além de denotar ausência de propósito negocial e de substrato econômico, reforçam o vínculo entre as envolvidas no processo de reestruturação societária que deram ensejo ao ágio sob exame.

Citando o ilustre Marco Aurélio Greco, “*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*” (in “Planejamento Tributário, 2ª.ed, p.201).

Diante de todo o exposto, outra não pode ser a conclusão senão que a única diferença em relação ao resultado líquido obtido antes e após a operação de incorporação realizada entre empresas do mesmo grupo econômico, com a utilização de uma empresa veículo (a holding) foi justamente o pretensão direito à amortização do ágio na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL na empresa final (a recorrente).

Assim, por lhe faltar propósito negocial e fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

O entendimento exposto até aqui é confirmado pela esmagadora maioria da jurisprudência do CARF, cabendo transcrever, como fundamento subsidiário, as conclusões do voto do ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães quando apreciou a questão do ágio interno gerado mediante reorganização societária envolvendo apenas empresas sob controle comum, no Acórdão nº 1301-00.058, decidido à unanimidade pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf, em sessão de 13 de maio de 2009, *litteris*:

*O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como AGIO, e, a partir daí, reduzir o lucro tributável.*

*O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despender um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.*

*Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada da empresa ERNST & YOUNG.*

*O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas. -*

*Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do arguido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.*

*A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.*

A recorrente ainda sustenta que a vigência do art. 36, da Lei nº 10.637/2002 sustenta seu procedimento. Sem razão.

Até sua revogação, a partir de 1º de janeiro de 2006, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, dispunha:

*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 de 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. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 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: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*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. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Contudo, vale ressaltar que o ágio previsto pelos arts. 385 e seguintes do RIR/99 e pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002 não visa refletir a reavaliação de uma participação societária por equivalência patrimonial, mas decorre da *mais valia* embutida no preço pago por um investimento. Ou seja, o acréscimo patrimonial correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital e o valor contábil dessa participação societária deverá ser levada à tributação somente por ocasião da alienação, liquidação, baixa, ou conferência de capital em outra pessoa jurídica, nas condições estabelecidas no dispositivo.

No caso de aquisições de participações societárias entre empresas do mesmo grupo, como é o caso dos autos, a falta de interesse em alienar, liquidar ou baixar a participação societária representa a ausência de tributação.

Nesse sentido, é precisa a fundamentação contida no voto da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa dado no acórdão nº 1101-00708, de 11/04/2012, que, embora vencido, representa a melhor interpretação da norma:

*Do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 infere-se que o legislador instituiu ali um benefício na tributação do ganho auferido na transferência de participação societária por valor*

*superior ao patrimonial, na medida em que, verificando-se esta transferência em sede de integralização de capital de outra sociedade, aquela participação pertenceria ao mesmo titular que inicialmente a detinha, mas agora de forma indireta. Diferiu, assim, sua tributação para momento futuro, no qual esta participação indireta deixasse de existir.*

*E, se esta transferência se dá sem a participação de terceiros, ou seja, de forma que a titularidade da participação societária, ao final, permaneça com as mesmas pessoas que inicialmente as detinham, há, tão só, reavaliação do investimento, e não ágio por expectativa de rentabilidade futura.*

*Neste sentido, inclusive, são as lições de Hiromi Higuchi et alli, em sua obra Imposto de Renda das Empresas — Interpretação e prática (Editora IR Publicações, 290 edição, p. 360) ao tratar da reavaliação de participações societárias:*

*O art. 438 do RIR/99 dispõe que será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contra partida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação.*

*Se a pessoa jurídica reavaliar investimento avaliado pela equivalência patrimonial não poderá diferir a tributação da contrapartida. O diferimento da tributação só é possível na reavaliação de participação societária avaliado pelo custo de aquisição. Neste caso, após a reavaliação se o investimento passar a ser avaliado pela equivalência patrimonial, o diferimento cessará.*

*A Receita Federal teve a infelicidade de incluir o art. 39 da MP nº 66, de 29-08- 2002, convertido no art. 36 da Lei nº 10.637, de 30-12-2002, dispondo:*

*1-...1 A aplicação daquele artigo dá ensejo a planejamento tributário para aumentar o patrimônio líquido nas duas empresas, para cálculo de juros sobre o capital próprio. A empresa A que tem investimento na empresa B transfere o investimento como integralização de capital na empresa C, por valor bem superior ao contábil. A empresa A escritura a contrapartida da mais valia no resultado mas faz exclusão na determinação do lucro real e base de cálculo da CSLL, aumentando o patrimônio líquido com diferimento da tributação. A empresa C também aumentou o seu patrimônio líquido sem tributação.*

*A única forma de a Receita Federal corrigir a infelicidade é, por ato normativo, dizer que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 é aplicável somente para os investimentos avaliados pelo custo de aquisição. Isso porque, para os investimentos avaliados pela equivalência patrimonial existe a vedação do art. 438 do RIR/99, que por ser lei específica não foi revogado.*

*No voto vencedor da decisão referida, do qual se discorda, se concluiu que “a circunstância de a 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.”*

Como um dos principais argumentos favoráveis à tese da possibilidade de amortização do ágio interno, foi referido o artigo “*Incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*”, de autoria dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, disponível no endereço da Internet <http://www.congressosp. fipecafi.org/artigos42004>.

Os autores são renomados profissionais da área contábil que, nesse estudo, abordaram a modalidade de incorporação reversa que toma por base o ágio gerado internamente, analisando e concluindo que, contabilmente, referido evento, do ponto de vista estritamente técnico, não é admissível, mas, do ponto de vista tributário, haveria previsão legal para sua consecução de acordo com o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. As conclusões do referido trabalho, literalmente, foram:

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

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

Enquanto desenvolviam o assunto dentro de sua área de especialização, a contabilidade, os doutrinadores reconheceram categoricamente que o ágio gerado internamente não tem sentido econômico. De outro lado, ao adentrarem no campo tributário, concluíram que a legislação tributária, mais especificamente, o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, é que dá sentido econômico à operação de geração de ágio interno.

Note-se que a interpretação dada pelos ilustres contabilistas contraria a jurisprudência pacificada pelos tributaristas integrantes do principal órgão de julgamento dos litígios tributários do País.

Por oportuno, transcrevo outro trecho do voto vencido no acórdão nº 1101-00.708, em que a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa aponta a contradição presente no referido artigo:

*Consignou esta Relatora a contradição presente em referido artigo, que de um lado conceitua ágio como resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, e repudia o reconhecimento de resultado derivado*

*de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade, concluindo ser inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico, mas de outro infere que a Fazenda Pública admite a dedução as amortizações deste valor como sendo ágio.*

*Dizem Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior que o artigo 36 da Lei no 10.637/2002 permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de "sociedades veiculo", que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas "casca", com finalidade meramente elisiva. Mas, como visto, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 deixa claro que não há renda tributável nestas operações, e determina o diferimento de eventual ganho de capital contabilizado. Para manter a coerência com este entendimento, o ágio eventualmente contabilizado em razão desta mesma operação não pode ser classificado como tal, nem ter os mesmos efeitos de uma mais-valia paga pela aquisição de um investimento entre partes não relacionadas.*

*Repudia-se, portanto, a afirmação contida naquele artigo, no sentido de que a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, pois nenhum ato normativo da Receita Federal admite tal dedução. A resposta dada pela Fazenda Pública a estas ocorrências está expressa em reiterada jurisprudência administrativa deste Conselho, citada pela Procuradoria da Fazenda Nacional em suas contrarrazões, a qual manteve, até agora, todas as exigências formalizadas em razão da glosa do ágio gerado neste tipo operações.*

*Na medida em que o lucro real tem por base o lucro contábil, deve-se aplicar aqui o entendimento doutrinário acerca do que pode ser admitido conceitualmente como ágio, até porque, o art. 110 do CTN não permite à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. E, como extensamente demonstrado neste voto, não so o artigo em destaque, como também a mais abalizada doutrina contábil, reafirmada pela Comissão de Valores Mobiliários, sempre repudiou a classificação da mais-valia gerada em operações intra-grupo como ágio.*

*Em síntese, como dito por esta Relatora durante a sessão de julgamento, não há o que se falar, aqui, em operações envolvendo entidades "A", "B" e "C", na medida em que o resultado final desta reorganização é a manutenção do controle de "A" sobre "B", que apenas transitoriamente passou a indireto, sob a titularidade da empresa veiculo "C". Inexiste aquisição entre "A" e "C", inexistente ágio.*

De outro lado, no voto vencedor, a artificialidade da conduta foi descrita como expressão genérica, no sentido de que o tudo o que foi realizado de modo intencional (pelo contribuinte) é artificial e que “*o fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício*” [à operação]. Interpretando-se essas palavras, tem-se que tudo o que o homem constrói, seja de ordem material ou imaterial, é artificial. Sob esse prisma, a afirmação faz sentido.

Todavia, o entendimento de que tudo o que o homem constrói, seja de ordem material ou imaterial, é artificial, como escreveu, no século XVII, o escritor inglês Thomas Browne: “*tudo é artificial, uma vez que a Natureza é a arte de Deus*”, não se aplica ao ordenamento jurídico pátrio vigente no século XXI. Para o legislador brasileiro, intencionalidade não se confunde com artificialidade. Para fins tributários, é artificial a conduta (intencional, obviamente), mas que busca subterfúgios ou caminhos alternativos para escapar à tributação correta. Veja-se o exemplo do art. 285 do RIR/99:

*Art.285.É facultado à autoridade tributária utilizar, para efeito de arbitramento a que se refere o artigo anterior, outros métodos de determinação da receita quando constatado qualquer **artifício** utilizado pelo contribuinte visando a frustrar a apuração da receita efetiva do seu estabelecimento (Lei nº 8.846, de 1994, art. 8º). (destaquei)*

Nesse caso, como em tantos outros, o termo “artifício” utilizado pelo legislador refere-se a um procedimento e desacordo com o que seria esperado na situação, com vistas a obter indevida desoneração tributária. Em outras palavras, a busca pela redução da carga tributária não pode se dar “a qualquer preço”.

Vale lembrar que conduta intencional distingue-se de conduta dolosa, que configura a presença do ilícito. Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de se majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, com o único propósito de reduzir a base tributável pelo aproveitamento de despesas de amortização do respectivo ágio. Todavia, é incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, pois, como não há transferência de controle entre as empresas, logicamente, não há aquisição de nova propriedade.

Assim, por lhe faltar fundamentação econômica, a reestruturação entre empresas do mesmo grupo econômico, engendrada com o objetivo de reduzir a tributação, não pode ser oponível ao Fisco, como é o caso dos autos.

A lei não permite o ágio artificial, porque deve ser interpretada de modo a se evitar a conduta abusiva, tendo em conta as exigências do bem comum e a função social da empresa, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A segurança jurídica, no caso, decorre da interpretação racional e lógica do ordenamento jurídico, pautado em orientações consistentes de órgãos normativos e na jurisprudência consolidada do órgão de julgamento (CARF).

Como a Recorrente, em sua defesa, não logrou desconstituir os argumentos da autoridade fiscal, e diante da evidente caracterização de ágio formado internamente, outra não pode ser a conclusão senão pela indedutibilidade das despesas de ágio na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidas no período fiscalizado.

Processo nº 11080.723273/2009-46  
Acórdão n.º **1202-000.954**

**S1-C2T2**  
Fl. 36

---

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner

CÓPIA