



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

Processo nº 11080.725320/2010-20
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-002.392 – 1ª Turma
Sessão de 13 de julho de 2016
Matéria IRPJ - OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS - ÁGIO - OUTROS
Recorrente VONPAR REFRESCOS S A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

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

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum, Nathalia Correia Pompeu, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa e Hélio Eduardo de Paiva Araújo, que lhe deram provimento. O Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo votou apenas quanto ao mérito, em virtude de ter sido convocado para ocupar a vaga da Conselheira Maria Teresa Martinez Lopez, que já havia proferido seu voto em sessão anterior. O Conselheiro Rafael Vidal de Araújo apresentou declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Hélio Eduardo de Paiva Araújo, André Mendes De Moura, Adriana Gomes Rêgo, Rafael Vidal de Araújo, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Luis Flavio Neto, Ronaldo Apelbaum, Nathalia Correia Pompeu e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

A VONPAR REFRESCOS S.A. recorre a este Colegiado, por meio do Recurso Especial (e-fls. 3.220/3.383), contra o acórdão de nº 1202-001.095 (e-fls. 3.102/3.127), que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de ofensa à coisa julgada administrativa e, no mérito, pelo voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário e, por maioria de votos, afastou a apreciação *ex-officio* da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Transcreve-se a ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2006, 2007, 2008

AMORTIZAÇÃO DE DESPESAS. ÁGIO GERADO INTERNAMENTE. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição de um investimento supera o valor patrimonial desse investimento, ou seja, a aquisição deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante, o que somente ocorre quando se obtém algo de terceiros. O ágio gerado entre partes interdependentes não se reveste de substância econômica e de propósito negocial, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade. A despesa decorrente de ágio interno indevidamente registrado na escrita contábil do contribuinte não é dedutível para fins tributários.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao lançamento decorrente, no que couber, o que restar decidido com relação ao lançamento matriz.

Houve a apresentação de Embargos (e-fls. 3.158/3.166) interpostos pelo contribuinte, os quais não foram acolhidos.

A Recorrente aponta divergência jurisprudencial trazendo à baila os acórdãos 1101-00.708 e 1301-001.224, relativos à Ágio, cujas ementas são as seguintes:

Acórdão nº. 1101-00.708

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o

valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

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

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ART. 109 CTN. ÁGIO. ÁGIO INTERNO É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerado adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação).

ELISÃO. Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental.

SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

Acórdão nº. 1301-001.224

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA- IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICIÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

A recorrente fundamenta o seu recurso, em apertada síntese, nos seguintes pontos:

1) que o entendimento do acórdão recorrido, no sentido de que somente o ágio gerado em operações onerosas com terceiros independentes seriam passíveis de registro contábil e, por via de consequência, de aproveitamento fiscal, já que o ágio oriundo de operações internas seria sempre desprovido de substrato econômico, é equivocado, já que:

- a) o registro do ágio é obrigatório nos termos do art. 20 do DL nº 1.598, de 1977;

- b) a legislação não distingue o ágio decorrente de negócio realizado por partes do mesmo grupo econômico daquele realizado por partes independentes;
- c) na transferência de bem em integralização de aumento de capital ocorre a alienação de um ativo pelo subscritor e o recebimento de uma contraprestação, o que caracteriza uma operação onerosa (entendimento este que estaria corroborado pelo art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995);
- d) na medida em que o conferimento de bens é uma operação sujeita à tributação pelo ganho de capital, o seu custo deve ser reconhecimento para a pessoa jurídica que teve o capital aumentado;
- e) o fato de serem os alienantes controladores da pessoa jurídica adquirente não altera este caráter oneroso;
- f) se pessoa jurídica e acionistas fossem a mesma pessoa, estar-se-ia desconsiderando a personalidade jurídica, o que só se admite em casos excepcionais na legislação brasileira, a qual, aliás, admite que se celebrem negócios jurídicos onerosos entre sócios e pessoa jurídica, e dá os efeitos tributários, como é o caso da distribuição disfarçada de lucros;
- g) o Ofício-Circular CVM/SNS/SEP nº 1, de 2007 não é aplicável aos autos porque, além de ser destinado a companhias abertas, não tem o efeito de impedir a amortização do ágio já que não afasta a obrigatoriedade do registro contábil do ágio, mas sim determina que seja prontamente baixado, além de que foi editado quase 12 anos após a transferência de ações de VONPAR à MAXXI e quase 7 anos após a transferência de ações da Recorrente à Corretora;
- h) que o art. 109 do CTN veda a utilização de princípios gerais do direito privado para fins tributários, de forma que as instruções da CVM devem ser analisadas com ressalvas;
- i) que a operação teve, sim, propósito negocial, já que com a transferência das ações de VONPAR para a MAXXI, pelo seu valor de mercado, a nova holding do grupo *“passou a refletir o verdadeiro porte do grupo e melhorou suas condições de endividamento”*;
- j) colaciona a legislação afeta ao assunto e aduz que o fato de alguém ser obrigado a registrar o ágio como parte de seu custo de aquisição não pode afetar o montante desse custo de aquisição, pelo menos em termos fiscais;
- k) nas transferências de bens por ocasião das integralizações para aumento de capital há, sim, uma aquisição de ativos, e quem aliena recebe ações emitidas pela pessoa jurídica que teve seu capital aumentado, de forma que há uma operação onerosa;
- l) cita o PN nº 18/81, jurisprudências do antigo conselho de contribuintes e da CSRF, e o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, para dizer a transferência de ações dos acionistas da

- CÓPIA
- m) VONPAR para a MAXXI se enquadram nesses dispositivos e consoante essa jurisprudência, e faz toda uma análise sob a perspectiva da pessoa jurídica, para dizer que *“Todas as formas de aquisição de investimentos a título oneroso são aptas a gerar o registro de ágio e o recebimento de quotas ou ações em pagamento de aumento de capital subscrito na adquirente é um delas”*;
- n) ao receber ações de VONPAR e da Recorrente, MAXXI e CORRETORA, não tinham alternativa senão registrar os investimentos pelo valor do aumento de capital, indicando o ágio vinculado a estes;
- o) cita vários acórdãos que corroboram com a sua defesa, comenta as alterações introduzidas pela Lei nº 12.973, de 2014, comenta os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 e aduz que as operações realizadas pela recorrente não ocorreram no curto período de vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002; e
- em relação aos autos de 2005, julgados parcialmente procedentes nos termos do acórdão nº 107-09.545, diz que foi lançado ganho de capital na VONPAR-MAXXI, em razão da transferência de investimento na recorrente em realização de aumento de capital da CORRETORA; ocorre que essa autuação significa dizer que a Fiscalização considerou que o conferimento de ações em integralização de aumento de capital foi uma operação onerosa.

Ao final, pede que seja reformado o acórdão recorrido, cancelando-se integralmente os autos de infração.

O recurso foi admitido por meio do Despacho de e-fls. 3.391/3.397, havendo a apresentação de Contrarrazões de fls. 3.401/3.410, em que a PFN defende que, em relação à amortização de ágio, nada foi pago, nenhum recurso foi movimentado, não houve dispêndio de uma parte e ganho na outra, sendo o ágio gerado, então, inexistente, pois que um ágio gerado internamente. Em outras palavras, o ágio deveria ter como origem um propósito comercial e, assim, um substrato econômico, e apenas registros escriturais não poderiam ensejar o nascimento daquele, ou seja, deveria haver uma efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais. Alega ainda que foi detectado pela fiscalização o fato de que nas integralizações de capital feitas nas sucessivas reorganizações societárias não houve qualquer aporte de bens ou moedas em espécie, mas apenas declarações de integralização de quotas de capital e/ou subscrição de ações por meio de entrega de direitos representativos. Por fim, requer que seja negado provimento ao recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

No mérito, a questão cinge-se à análise se poderia a recorrente amortizar o ágio da forma como o fez, o que implica conhecer como as operações ocorreram.

Os fatos em si são incontroversos pois a divergência entre o entendimento da Fiscalização e o da Recorrente diz respeito à interpretação das normas.

De acordo com o Relatório de Ação Fiscal Tributária de e-fl. 2.930 /2.945, a VONPAR REFRESCOS S.A integra um grupo econômico (denominado pela Fiscalização de GRUPO VONPAR) que realizou várias operações entre 1993 e 2000, das quais destaco:

- a) em 1993, 3 pessoas físicas constituíram a empresa Maxxi Ambiente Seguro Ltda;
- b) em outubro de 1995, os sócios originais saem e entram novos sócios que aumentam o capital social para R\$ 1.000,00; e
- c) em 17 de novembro de 1995, ou seja, um mês após, esses mesmos sócios **aumentam o capital para R\$ 236 milhões. Esse aumento é feito com a integralização de ações que esses sócios possuem na empresa VONPAR S.A**, ou seja, os sócios da Maxxi (João, Ricardo e Rodrigo Vontobel) autorizaram a emissão de 235.999.000 novas ações que foram adquiridas pelas mesmas pessoas físicas e jurídicas que eram sócias da VONPAR S.A.. A seguir colo os quadros demonstrados pela Fiscalização:

NOVA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DA EMPRESA MAXXI PARTICIPAÇÕES S.A.					
Nº(1)	ADQUIRENTE	QTDE DE AÇÕES ADQUIRIDAS	CAPITAL SOCIAL AUMENTADO R\$	%	% ACUMULADO
1	JOÃO VONTOBEL	159.232.774	159.232.773,29	67,47%	67,47%
7	RICARDO VONTOBEL	2.916.711	2.916.711,65	1,24%	68,71%
10	RODRIGO VONTOBEL	97.703	97.703,59	0,04%	68,75%
2	ELMER ENGLEITNER	33.055.200	33.055.199,95	14,01%	82,76%
3	HENRIQUE VONTOBEL	12.827.490	12.827.489,64	5,44%	88,20%
4	OMAR VONTOBEL	10.534.524	10.534.523,35	4,46%	92,66%
5	OLDEMAR VONTOBEL	7.599.168	7.599.167,80	3,22%	95,88%
6	OTTOMAR VONTOBEL	5.432.933	5.432.932,96	2,30%	98,18%
8	MILTON FILHO	2.886.503	2.886.503,76	1,22%	99,40%
9	INSUELA LTDA	1.415.994	1.415.994,00	0,60%	100,00%
TOTAL R\$		235.999.000	235.999.000,00	100%	

AÇÕES REAVALIADAS – VONPAR S.A.							
Nº	PROPRIETÁRIO DAS AÇÕES	QTDE DE AÇÕES	A) VALOR PATRIMONIAL DAS AÇÕES R\$	B) VALOR DE MERCADO DAS AÇÕES R\$*	C) ÁGIO (B-A)	% DO ÁGIO	% ACUMULADO DO ÁGIO
1	JOÃO VONTOBEL	674.718	50.586.311,75	159.232.773,29	108.646.461,54	67,47%	67,47%
7	RICARDO VONTOBEL	12.359	926.603,75	2.916.711,65	1.990.107,90	1,24%	68,71%
10	RODRIGO VONTOBEL	414	31.039,24	97.703,59	66.664,35	0,04%	68,75%
2	ELMER ENGLEITNER	140.065	10.501.234,23	33.055.199,95	22.553.965,72	14,01%	82,75%
3	HENRIQUE VONTOBEL	54.354	4.075.137,15	12.827.489,64	8.752.352,49	5,44%	88,19%
4	OMAR VONTOBEL	44.638	3.346.689,70	10.534.523,35	7.187.833,65	4,46%	92,65%
5	OLDEMAR VONTOBEL	32.200	2.414.163,01	7.599.167,80	5.185.004,79	3,22%	95,87%
6	OTTOMAR VONTOBEL	23.021	1.725.976,60	5.432.932,96	3.706.956,36	2,30%	98,18%
8	MILTON FILHO	12.231	917.007,07	2.886.503,76	1.969.496,69	1,22%	99,40%
9	INSUELA LTDA	6.000	449.844,04	1.415.994,00	966.149,96	0,60%	100,00%
TOTAL R\$		1.000.000	74.974.006,75	235.999.800,00	161.024.993,25	100%	

Para esta operação, as ações da VONPAR S.A foram **reavaliadas a valor de mercado**, por meio de laudos, e o valor total do ágio que surgiu foi de R\$ 161.025.793,25.

Ocorre que como se trata de uma operação entre pessoas que integram o mesmo grupo econômico, entendeu a Fiscalização tratar-se de um ágio que foi artificialmente gerado, intragrupo, que denominaram de “Ágio Inexistente Gerado Em Si Mesmo – Ágio Interno”.

E neste sentido, concordo com a Fiscalização, pois em que pese a operação ter sido totalmente contabilizada, fundamentada em Laudos de Avaliação, o fato é que antes da reavaliação, o acervo líquido da VONPAR S.A totalizava R\$ 74.974.006,75 e como esses sócios iriam ser os mesmos da PJ que estava emitindo as ações que seriam adquiridas (no caso a Maxxi), deliberaram essa reavaliação.

Assim, formalmente, ocorreria toda a onerosidade que a Recorrente tanto defende em seu Recurso Especial. Contudo, as obrigações e os direitos estão se confundindo nas mesmas pessoas.

É certo que a pessoa jurídica da VONPAR S.A e a pessoa jurídica da Maxxi têm personalidade jurídica distinta das pessoas físicas e jurídicas que compõem os seus respectivos quadros societários; contudo, essa identidade de sócios demonstra que estamos tratando de duas pessoas jurídicas sob o mesmo controle, e que, portanto, integram um grupo econômico de fato. Assim, o que a Fiscalização fez, não foi desconsiderar a personalidade jurídica, como chegou a cogitar a recorrente, mas sim, constatar que o ágio surgiu de uma operação interna a um grupo econômico.

E mais: constatou que **não houve nenhuma movimentação financeira de recursos** (conforme Relatório de Ação Fiscal Tributária, e-fl. 2.937); daí porque não há que se falar em onerosidade, haja vista que todas as operações foram apenas escriturais.

Realmente, em uma transferência de bem em integralização para aumento de capital, ocorre uma alienação de um ativo pelo subscritor e o recebimento de uma contraprestação, e, em tese, essa operação deveria ser onerosa. Mas no caso, como não houve

movimentação financeira (e a Recorrente em nenhum momento infirma isso, pois só rebate na teoria), essa onerosidade não ocorreu. Ela é apenas formal.

Essa constatação implica dizer que o ágio não foi pago em nenhum momento. Isso também foi objeto da acusação fiscal, sem que a Recorrente tivesse trazido a prova do efetivo pagamento, pois toda a sua argumentação é dentro da lógica contábil, a qual necessita de comprovação.

Por oportuno, transcrevo abaixo trechos do Relatório de Ação Fiscal Tributária em que a Fiscalização aduz, não só que o ágio é uma ficção, que não houve pagamento, como também que neste caso **sequer está sendo questionado o propósito comercial**, mas sim a própria existência de um ágio efetivamente pago.

- *para elucidar mais ainda, vejamos alguns requisitos fundamentais para que haja nascimento de ágio em uma aquisição onerosa:*
 - *resultado obtido em processo de aquisição de acervos líquidos entre partes independentes e não relacionadas, gerado em negociação não viciada e com preço justo acordado entre as partes. Ora, no caso aqui tratado, como falar em independência ou partes não relacionadas se as pessoas são as mesmas? Mais ainda, como falar em negociação não viciada e preço justo entre as partes iguais? Incompatível!;*
 - *considerando tais variáveis, naturalmente infere-se que um ágio não pode decorrer de operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico;*
 - *no caso concreto ora analisado, além das operações serem geradas dentro do mesmo grupo econômico, as pessoas que fizeram nascer o ágio são exatamente iguais em uma e outra parte, não havendo, conforme já exaustivamente dito, “ambas as partes”, mas sim, uma única parte, os acionistas já descritos;*
 - *considerando tal realidade, seria dizer que o acionista “A” gerou um ágio para ele mesmo, tendo, em contrapartida, um ganho para ele mesmo. Inadmissível!*

- *mais uma vez, como já foi afirmado, não houve no presente caso nenhuma geração ou ingresso de recurso financeiro, ou ainda, fluxo de novos recursos, não existindo pagamento algum e nem qualquer outro tipo de liquidação ou contrapartida;*
- *tendo por base o cenário apresentado, as seguintes ponderações passam a ser cruciais:*
 - *como pensar na amortização do ágio aqui tratado se nada foi pago, nada foi liquidado ? Obviamente tal situação leva ao entendimento lógico de que se, de fato, nada foi pago, nenhum recurso movimentado, então tal ágio inexistente, ficando impossibilitada sua amortização, por se tratar de um típico caso de “ágio em si mesmo” ou, ainda, “ágio interno”, conforme muito bem definiram os relatores citados no início deste relatório;*
 - *também não se tem dúvidas que tal ágio nasceu de uma ficção contábil, de um artifício, uma manobra, “uma tentativa de produzir a ilusão da verdade, a qual, embora tenha aparentado um acordo com as regras da lógica, na realidade, apresenta uma estrutura interna inconsistente e incorreta”, pois, economicamente, pode-se afirmar que não houve geração de riqueza alguma, já que em todo o processo a operação ocorreu entre as mesmas pessoas;*
- *também não se tem dúvidas que tal ágio nasceu de uma ficção contábil, de um artifício, uma manobra, “uma tentativa de produzir a ilusão da verdade, a qual, embora tenha aparentado um acordo com as regras da lógica, na realidade, apresenta uma estrutura interna inconsistente e incorreta”, pois, economicamente, pode-se afirmar que não houve geração de riqueza alguma, já que em todo o processo a operação ocorreu entre as mesmas pessoas;*
- *por mais que tais operações tenham atendido aos preceitos societários (elaboração de laudos, atas, etc), é preciso repetir, a figura do ágio não nasceu, não existiu materialmente, pois o preço (custo de aquisição), conforme já dito, surge quando há dispêndio pago por algo, o que não aconteceu;*
- *não há previsão nas normas de contabilidade, fiscais e societárias que permitam o ágio gerado em si mesmo nos moldes em que ocorreu no caso aqui relatado;*
- *mesmo que houvesse registro de pagamento do ágio, por lógica econômica, tal pagamento não validaria um ganho de capital e um ágio gerado para as mesmas pessoas;*
- *é importante ressaltar que não se está discutindo aqui o propósito negocial da operação. O que se discute e se evidencia é a inexistência de ágio nas operações societárias praticadas entre partes iguais; e*

Entendo, assim, que está correta a Fiscalização quando se refere ao ágio inexistente porque o próprio art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com a redação vigente à época dos fatos o define no inciso II como sendo a diferença entre o **custo de aquisição** do investimento e o valor constante do patrimônio líquido na época da aquisição.

Ora se a operação foi interna ao grupo, sem o pagamento de custo de aquisição, de ágio propriamente dito não podemos estar tratando.

Por oportuno, trago à colação considerações da própria Comissão de Valores Mobiliários por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007, a respeito do ágio que surge em operações entre pessoas que integram um mesmo grupo econômico (com grifos não do original):

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

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

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

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

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

Pois bem, a partir da reavaliação das participações societárias detidas pela empresa VONPAR S.A, o grupo VONPAR realizou diversas outras operações de reorganização societária, envolvendo esse ágio que surgiu dessa forma, ou seja, esse ágio que surgiu sem pagamento e intragrupo FOI TRANSFERIDO, até que em 2000, ele passou para a empresa VONPAR REFRESCOS, ora recorrente, que passou a amortizá-lo.

Após a operação acima descrita, Maxxi Participações passou a deter 100% das ações da VONPAR S.A., e em 30 de novembro de 1995, Maxxi Participações incorporou a VONPAR S.A., e na sequência altera a sua denominação social para VONPAR S.A (desaparece a partir deste momento a figura da Maxxi).

Em 20 de dezembro de 1995, a ora Recorrente (VONPAR REFRESCOS) subscreveu capital da nova VONPAR, no valor de R\$ 59.870.070,00. Ocorre que uma parte desse montante, mais precisamente R\$ 41.391.568,00, era decorrente daquele ágio que foi gerado em 17 de novembro de 1995 (conforme Relatório de Ação Fiscal Tributária, e-fl. 2.942). Assim, a VONPAR REFRESCOS passa a ter em sua contabilidade R\$ 41.391.568,00 a título de ágio que não foi pago, mas que lhe foi transferido. Como esse ágio foi amortizado em período que já estava decaído ao tempo da autuação ora em análise, ele não faz parte do lançamento em apreço.

Em 29 de dezembro de 2000, uma outra empresa do grupo, a VONPAR CORRETORA, adotou procedimento similar: subscreveu capital da nova VONPAR, no valor de R\$ 246.310.258,58, e, da mesma forma, nesse montante estava incluído R\$ 154.996.101,06 do ágio que não foi pago (conforme Relatório de Ação Fiscal Tributária e-fl. 2.943). Assim a VONPAR CORRETORA também recebeu o ágio que foi gerado em 17 de novembro de 1995 acima mencionado.

Em 31 de dezembro de 2000, a ora recorrente incorporou a VONPAR CORRETORA e, em face dessa incorporação, entenderam ser aplicável o art. 7º c/c o art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e passaram a amortizar aquele ágio que não foi pago, mas sim gerado intragrupo.

Ou seja, além de o ágio não ter sido pago na origem, no caso em apreço, nem incorporada, nem incorporadora, arcaram com qualquer ônus sobre este valor que foi amortizado.

Da simples leitura dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, já se pode verificar que trataram esses artigos de participação societária que foi adquirida com ágio por quem está incorporando, ou, no caso do art. 8º, por quem está sendo incorporada, conforme transcrição da lei:

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.

Assim, para deduzir o ágio na forma do inciso III do art. 7º c/c o art. 8º, a pessoa jurídica que absorveu patrimônio, no caso a VONPAR REFRESCO, de outra, que seria a VONPAR CORRETORA, em virtude de incorporação, precisava deter (ou a incorporada VONPAR CORRETORA precisava deter), participação societária adquirida com ágio; em outras palavras, VONPAR CORRETORA teria que ter participação societária adquirida com ágio. O problema é que, como visto, VONPAR CORRETORA, que era quem detinha a participação societária contabilizada com ágio, não adquiriu esta participação societária com ágio. Logo, essa amortização não está enquadrada e autorizada pelo art. 7º c/c o art. 8º da Lei nº 9.532, de 1997, que correspondem ao disposto no art. 385 do RIR/99, citado nos autos de infração.

Por fim, a recorrente ainda argumentou que o negócio foi oneroso, aduzindo que o acórdão nº 107-09.545 assim reconheceu, ao manter a tributação do ganho de capital lançada contra a VONPAR-MAXXI (VONPAR S.A), relativo à transferência de investimento na VONPAR REFRESCOS em aumento de capital da VONPAR CORRETORA e argumenta:

“4.70. Ao assim agirem, as autoridades fiscais reconheceram que o conferimento de ações em integralização de aumento de capital é operação onerosa, capaz de gerar ganho de capital, ainda que realizada entre pessoas jurídicas ligadas, bem como que, para o subscritor, o preço de alienação das ações corresponde ao aumento de capital. Sendo assim, não há como não se concluir que, para o adquirente do investimento (no caso, na CORRETORA), o custo de aquisição do investimento (no caso, na RECORRENTE) é o valor do aumento de capital”.

Registro primeiramente que, ressalvada a observação feita em relação à parcela de R\$ 1.636,65, em que a Fiscalização justifica a não aceitação do ágio com base no argumento de que descabe falar em ágio na subscrição de ações, a autuação objeto do acórdão nº 107-09.545 (processo nº 11080.008799/2005-79) não cuidou de analisar a natureza do ágio constituído, seu fundamento e sua compatibilização com a legislação de regência. Ali, os lançamentos tributários tiveram por base uma suposta incorporação de acervo a valor contábil e erro de cálculo na determinação da parcela do custo relativa a ágio.

Não há, portanto, qualquer conexão entre os fundamentos da autuação promovida por meio do processo nº 11080.008799/2005-79 e os correspondentes ao recurso especial que ora se aprecia.

Ausente tal conexão, não se pode aproveitar no presente processo qualquer conclusão esposada no acórdão nº 107-09.545 que tenha relação direta com os fundamentos da autuação por ele apreciada, especialmente no que diz respeito à legitimidade do ágio sustentada pela contribuinte.

O juízo feito no acórdão nº 107-09.545 acerca dos ágios apurados pelo GRUPO VONPAR não pode extrapolar os limites dos fundamentos da autuação por ele apreciada.

Registro ainda que o que foi decidido por meio do acórdão nº 107-09.545 não vincula esta Turma da CSRF, e, ainda que assim o fosse, cabe esclarecer que a presente

autuação decorreu justamente do que foi afirmado naqueles autos, conforme consignam as autoridades autuantes já no início do Relatório de Ação Fiscal Tributária, senão vejamos:

Informação Preliminar – Da Motivação do Presente Processo

5. A presente constituição de crédito tributário foi motivada em função de julgamento contrário à Fazenda Nacional de crédito tributário constituído em 12 de dezembro de 2005, conforme Acórdão 10709545 - constante no arquivo digital: *Documentos Diversos - Outros - Volume 2 PAF 11080008799200579 Pgs 314 a 362*.
14. Conforme se depreende da leitura do acórdão já citado, por unanimidade de votos os julgadores do Conselho de Contribuintes entenderam que a maior parte do crédito formalizado no respectivo processo não deveria prosperar, por não haver valor tributável.
15. De acordo com o Relatório de Atividade Fiscal - constante às páginas digitais 44 a 123 do arquivo digital: *Documentos Diversos - Outros - Volume 1 PAF 1108000879920057 Pgs 001 a 132*, tal crédito foi lançado contra o sujeito passivo VONPAR S.A, CNPJ 73.677.189/0001-25, visando cobrar diferença de IRPJ e Reflexos do ano de 2000, em função de suposto GANHO DE CAPITAL não tributado.
16. Na decisão mencionada, tanto a Relatora do processo, conselheira representante da fazenda, senhora Albertina Silva Santos de Lima, quanto o Relator de Declaração de Voto, conselheiro representante dos contribuintes, senhor Marcos Shigueo Takata, entendem que, na ocasião, seria possível ao fisco desconsiderar amortizações de ágio decorrentes das operações societárias relatadas. Vejamos as palavras utilizadas por tais relatores, principalmente aquelas em destaque:

E do voto da Relatora, Conselheira Albertina, destacaram:

“Sem entrar no mérito da questão do prazo decadencial, entendemos que a fiscalização tinha dois caminhos viáveis:

a) ...

b) taxar como “ágio de si mesmo” (simulação) a mais valia contabilizada na VONPAR-MAXXI, quando da recepção do investimento na VONPAR-VONPAR (1995) e glosar os efeitos que se deram, já na VONPAR REFRESCOS, que se utilizou da empresa veículo (VONPAR CORRETORA) para amortizar o ágio.

Da declaração de voto do Conselheiro Marcos Shigeo Takata, destacaram:

“Como bem deduzido pela nobre Relatora, a fiscalização tinha dois caminhos para procurar afastar os efeitos fiscais do ágio em questão:

a) ...

b) *se não tributadas as referidas mais-valias, considerá-las na VONPAR-MAXXI (receptora das participações na VONPARVONPAR) como ágio “de si mesmo” (porquanto não gerado em transação com terceiros estranhos ao grupo), ou seja, criação sem causa de ágio: se as mais-valias nas pessoas que criaram tal ágio fossem tributadas, não se colocaria o problema da ausência de causa do ágio, pois não há impedimento para “sobreavaliar” ativo se reconhecidas, vale dizer, se tributadas tais mais-valias. Inexistente a tributação dessas mais-valias, a criação sem causa do ágio configuraria simulação;*

b.1) Nessa seqüência, a fiscalização poderia glosar a amortização fiscal desse ágio, que, para o caso em

comentário, processa-se após a VONPAR REFRESCOS incorporar a VONPAR-CORRETORA (a partir do que o ágio sobre a participação da CORRETORA na REFRESCOS foi para esta vertida, para passar a ser amortizado fiscalmente).”

Assim, o acórdão mencionado de certa forma até ratifica a autuação que ora se analisa pois expressamente consigna que houve uma simulação em função de um ágio “em si mesmo”, ou seja, a criação de um ágio sem causa. E mais, manifesta o seu entendimento de que um dos caminhos a serem trilhados pela Fiscalização seria o que foi feito no presente lançamento, e não naquele.

Mesmo assim, analisei tal acórdão e verifiquei que:

1 – de acordo com o Relatório do aludido acórdão, naqueles autos discutiu-se a tributação sobre o ganho de capital na VONPAR S.A, por ter alienado à VONPAR CORRETORA, investimento que esta tinha na VONPAR REFRESCOS, em virtude de ter se considerado como valores inexistentes e indedutíveis o ágio na incorporação e o ágio na subscrição, que reduziram o valor do ganho de capital que seria devido (a Fiscalização glosou uma parte do custo relativa a esses ágios);

2 – trataram, então, da operação que se deu em 29/12/2000 acima mencionada nos seguintes termos:

Em 29 de dezembro de 2000, uma outra empresa do grupo, a VONPAR CORRETORA, teve o seu capital subscrito pela nova VONPAR, no valor de R\$ 246.310.258,58, e, da mesma forma,

nesse montante estava incluído R\$ 154.996.101,06 do ágio que não foi pago (conforme Relatório de Ação Fiscal Tributária e-fl. 2.943). Assim a VONPAR CORRETORA também recebeu o ágio que foi gerado em 17 de novembro de 1995 acima mencionado.

Ou seja, a nova VONPAR (VONPAR S.A ou VONPAR-MAXXI), subscreveu capital social na VONPAR CORRETORA, e o fez integralizando participação societária que detinha na VONPAR REFRESCOS.

3 – havia dois tipos de ágio: a primeira parcela, no valor de R\$ 114.199.211,00, que se referia ao ágio gerado na incorporação da empresa VONPAR-VONPAR pela VONPAR S.A, em 30/11/95; e a segunda parcela, no valor de R\$ 26.39.785,00, tem como origem a subscrição, em 20/12/1995, do aumento de capital na VONPAR REFRESCOS (ora autuada), integralizado pela VONPAR S.A. (a autuada naqueles autos).

4 – Em relação à primeira parcela, ocorreu o que a Fiscalização trouxe em seu Relatório Fiscal, ou seja, a Relatora vislumbrou dois caminhos, como acima transcrito, mas como a Fiscalização optou por glosar o ágio do custo de aquisição, por ser inexistente, o colegiado não concordou com essa alternativa, e não manteve a autuação:

Entretanto a fiscalização escolheu um terceiro caminho, pois glosou parte do custo do investimento na VONPAR REFRESCOS, representada pelo ágio nele "pendurado" quando da integralização de capital na CORRETORA (2000).

Com efeito, a fiscalização retrocedeu ao período da formação do ágio (1995) para, ora atribuir à recorrente uma perda de capital não dedutível, ora atribuir-lhe uma reserva de reavaliação realizada, tudo para "forçar" a desconsideração de parte do custo do investimento dado em integralização de capital na Corretora.

Não houve perda de capital na incorporação da VONPAR - VONPAR (investida) pela VONPAR-MAXXI (investidora), pois resta claro dos documentos trazidos aos autos que as participações nas empresas operacionais (REFRESCOS, KAIK, CHARRUA e GIRUA), que compunham o acervo da VONPAR-VONPAR, foram recebidos na incorporação pelo valor de mercado, idêntico ao valor do investimento que já estava contabilizado na incorporadora.

Também não faz sentido o argumento da fiscalização de que, se a incorporação tivesse se dado a valor de mercado, a incorporadora deveria ter registrado uma reserva de reavaliação tributada para neutralizar os efeitos fiscais da operação. A incorporação foi feita sim a valor de mercado, mas o ativo recebido já estava refletido no patrimônio da incorporadora pela via da equivalência patrimonial pelo mesmo valor, em função do seu recebimento com ágio quando da sua aquisição junto aos sócios da VONPAR- VONPAR. O dispositivo legal citado pela fiscalização e reforçado pelo acórdão recorrido (art. 388 do RIR/94 - Decreto-lei nº 1.598/77, art. 37) que obrigaria a constituição pela incorporadora de uma reserva de reavaliação a ser tributada quando da alienação do investimento é aplicável na hipótese em que o investimento no ativo da

incorporadora não reflete o valor de avaliação pelo qual é recebido o acervo líquido da incorporada.

Portanto, a exigência, na parte relativa à glosa da parcela do ágio formado como acima transcrito, não pode prevalecer.
(Negritei)

5 – Em relação à segunda parcela, o acórdão entendeu correta a glosa, nos seguintes termos:

Segundo a fiscalização o ágio é indedutível, posto que foi calculado incorretamente. Considerou como correto ágio no valor de R\$ 1.636,65. O equívoco cometido pela VONPAR — MAXXI deveu-se ao fato de a empresa não ter levado em consideração em seu cálculo que praticamente não houve alteração na sua participação percentual no capital social da investida quando da subscrição do aumento de capital, que era de 60,2666% e passou a ser 60,2676%. Correto o procedimento da fiscalização.

O valor de R\$ 1.636,65, segundo a fiscalização também é indedutível do lucro real por se tratar de ágio na subscrição de ações, uma vez que pelo seu entendimento, não existe previsão legal para dedução do ágio na subscrição de ações.

Tal reconhecimento, pela Relatora, foi inclusive consignado no Relatório da Fiscalização no presente auto de infração, nos seguintes termos:

62. Analisando as informações contidas na tabela, comprova-se que o Ágio Inexistente Gerado Em Si Mesmo – Ágio Interno em 17 de novembro de 1995, no valor de **R\$ 154.996.101,06** (41.391.568,00 + 109.582.735,28 + 4.021.797,78) + atualizações monetárias, está contido no valor de R\$ 246.310.258,58, sendo, também, um mero reflexo da operação realizada em 17 de novembro de 1995.
63. O valor de **R\$ 154.996.101,06** decorre da soma das linhas “C”, “H” E “I” da tabela demonstrada. Este valor é o montante demonstrado no item 32 deste relatório.
64. O Ágio de R\$ 41.391.568,00 registrado pela empresa Vonpar Refrescos não será objeto do presente trabalho por ter sido amortizado em períodos já decaídos.
-
67. Neste ato, foi aprovado, dentre outras aprovações, Protocolo e Justificação de Incorporação da empresa Vonpar Corretora de Seguros S.A, bem como, Laudos de Avaliação de todos seus elementos ativos e passivos. Tais documentos foram anexados à referida Ata.
68. Com esta operação, o ágio demonstrado na tabela acima, no montante de **140.638.996,00** (109.582.735,28 + 4.021.797,78 + 25.370.963,00 + 1.663.499,94, conforme demonstrado na tabela anterior), passou a ser registrado e amortizado pela empresa VONPAR REFRESCOS S.A..

69. Tal informação consta na Nota Explicativa 11 das Demonstrações Financeiras da Vonpar Refrescos S.A emitidas no 2000 e na Nota Explicativa 11 das Demonstrações Financeiras da Vonpar Refrescos S.A emitidas no 2004. Tais documentos constam no arquivo digital: *Documentos Diversos - Outros - Anexo VI PAF 11080008799200579 2ª Parte*.
70. O valor de R\$ 25.370.963,00, referente a ágio gerado em subscrição de capital, conforme demonstrado na tabela anterior, também será objeto do presente trabalho, pois, sobre tal valor incidem, da mesma forma, as diferenças tributárias aqui tratadas, por tratar-se de ágio inexistente, conforme Acórdão 107-09.545.
71. Por fim, as amortizações indevidas objeto da presente constituição de crédito, as quais serão desconsideradas na apuração do lucro real do contribuinte ora fiscalizado, terão como base o montante de 140.638.996,00 $((109.582.735,28 + 4.021.797,78 = 113.604.533,06) + 594.677,94$ (ajustes) = 114.199.211,00) + $(25.370.963,00 + 1.663.499,94$ (ajustes) = 26.439.785,00), vide páginas digitais 39 a 45 do arquivo digital *Documentos Diversos - Outros - Volume 2 PAF 11080008799200579 Pgs 314 a 362*).

Registro, assim, que além deste acórdão 107-09.545 não vincular esta CSRF, ele expressamente reconhece que a Fiscalização poderia ter seguido o caminho de tributar o ágio em si mesmo na VONPAR REFRESCOS, que se utilizou de empresa veículo, VONPAR CORRETORA, para amortizar o ágio.

Em sede de sustentação oral da sessão de julgamento ocorrida em junho de 2016, a patrona da Recorrente alegou que em seu recurso especial teria solicitado a dedução de parcela do que ágio que fora admitido pelo acórdão nº 107-09.545.

Analisando, mais uma vez o recurso, não consigo inferir tal pedido. A partir do item 4.71 do seu recurso, o que a Recorrente pede é que seja reconhecido o valor total do ágio (R\$ 140.638.996,17). Para tanto, serve-se dos seguintes argumentos: i) o acórdão nº 107-09.545 considerou legítima a parcela de R\$ 129.311.871,96; e ii) a parcela de R\$ 11.325.487,40, apesar do acórdão em referência ter considerado equivocado o registro do ágio nesse montante, foi tributada e recolhida. A diferença de R\$ 1.636,81 (R\$ 1.636,65 na decisão) representou o valor correto do ágio. Ou seja, em nenhum momento do seu recurso especial ela fala em dupla tributação, mas sim em legitimidade do ágio.

Aliás, é importante destacar que a decisão recorrida já tinha sido objeto de embargos pela contribuinte por não ter se pronunciado sobre esta parcela de R\$ 11.325.487,40, havendo o colegiado decidido por meio do acórdão de nº 1202-001.220, e-fls. 3.196/3.199, pela inexistência de omissão, visto que este pedido não constava do Recurso Voluntário.

E se não constava do Recurso Voluntário, trata-se, portanto, de matéria preclusa em sede de Recurso Especial.

Mas para aqueles que superam até mesmo a preclusão processual, cumpre observar que VONPAR REFRESCOS S.A é uma pessoa jurídica diversa da VONPAR S.A, que foi o sujeito passivo da outra autuação, objeto do acórdão nº 107-09.545. Em se tratando de pessoas jurídicas distintas, ainda que estivéssemos falando de uma mesma operação, de um mesmo ágio, o fato de VONPAR S.A ter sido tributada por um ganho de capital, não afasta a possibilidade de VONPAR REFRESCOS S.A também ter se beneficiado do mesmo ágio e ter também deduzido indevidamente despesas de amortização de ágio. Ou seja, como são duas pessoas jurídicas, é possível que ambas tenham se beneficiado indevidamente da mesma operação, de forma que o lançamento de ofício seria feito em face de ambas para cobrar o que

ambas deixaram de recolher por terem se beneficiado do mesmo ágio. Assim, descabe falar em dupla tributação.

Além disso, é importante verificar que a autuação do GANHO DE CAPITAL recaiu sobre o ano-calendário de 2000, vez que foi neste ano que houve a "realização" das participações detidas pela fiscalizada daquele processo (VONPAR - MAXXI). A glosa da despesa, por sua vez, recaiu tão somente em relação aos anos de 2005 a 2007 e alcançou o montante de R\$ 69.147.506,45, de modo que a VONPAR REFRESCO, no período de 2000 a 2004, amortizou despesas de ágio no total de R\$ 71.491.489,72, valor significativamente superior ao ganho de capital tributado nos autos do processo nº 11080.008799/2005-79 (R\$ 11.235.487,40).

Conclusão

Em face ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte, mantendo-se o acórdão *a quo*.

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo.

Iniciado o julgamento do recurso especial interposto pela contribuinte, na sessão de junho do ano corrente, a patrona da recorrente, em sustentação oral, mencionou trecho de voto de minha lavra, constante do Acórdão nº 9101-002.300 (Processo Administrativo Fiscal nº 10903.720003/2012-95), apontando-o como argumento favorável à tese defendida pela recorrente naquele julgamento.

A mesma alegação foi feita em sede de memoriais, conforme trecho reproduzido a seguir:

18. O *ágio* normalmente atacado pela jurisprudência administrativa decorre de operações realizadas ao amparo do art. 36 da Lei nº 10.637/02, que acabou sendo revogado pela Lei nº 11.196/05, o qual determinava o diferimento do ganho de capital verificado na subscrição e integralização de capital com participação societária; assim, na medida em que o referido art. 36 afastava a tributação do ganho de capital apurado no conferimento de investimento a valor de mercado, tais operações acabavam sendo implementadas com vistas ao aproveitamento fiscal do *ágio* após a incorporação da investidora pela investida ou vice-versa.

19. De fato, a jurisprudência entende que o *ágio* e o ganho de capital são, sempre, os dois lados de uma mesma moeda, de forma que a sorte de um acompanha a do outro. Assim, existindo o ganho de capital, como ocorre no caso, o *ágio* também existirá.

20. Nesse sentido já entendeu esta CSRF, conforme se verifica de trecho do voto proferido pelo Conselheiro RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO no Acórdão CSRF nº 9101-002.300, de 07.04.2016 (BARIGÜI VEÍCULOS)¹:

"A contribuinte alega que a reorganização societária realizada na forma autorizada pela Lei nº 10.637/2002, associada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e aos arts. 385 e 386 do RIR/1999, autorizaria a posterior amortização do *ágio* decorrente da reavaliação patrimonial.

Entretanto, a lógica do dispositivo legal reproduzido é justamente o contrário do que pretende a contribuinte. Por bem adequadas à discussão, transcrevo as palavras da recorrida constantes das suas contrarrazões:

"(...)

Tal como foi destacado no breve apanhado teórico já realizado, o substrato econômico de um *ágio* envolve a circulação de riquezas. Essa circulação, por sua vez,

decorre do fato de o adquirente do investimento pagar uma "mais valia" ao correspondente alienante. Assim, o pagamento de um ágio (pelo adquirente) sempre corresponderá ao recebimento de um ganho de capital (pelo alienante).

O ágio e o ganho de capital serão, assim, sempre os dois lados de uma mesma moeda. A sorte de um será a mesma do outro. Existindo o ágio, o ganho de capital também existirá. Por outro lado, a artificialidade de um afetará o outro. Nesse sentido, são comuns os casos onde, uma vez declarada a inexistência do ágio registrado por determinado contribuinte, automaticamente é reconhecida como devida a glosa do correspondente ganho de capital auferido pelo outro contribuinte que participou da operação. E, assim, viceversa: reconhecida a existência do ganho de capital (e a sua tributação), a amortização do correspondente ágio se torna devida (claro, se cumpridos os demais requisitos legais para tanto) (...)." (Grifos da RECORRENTE.)

Defendeu a patrona da recorrente que a ideia exposta no trecho reproduzido do meu voto corroboraria sua tese de que, uma vez que sua controladora VONPAR S/A foi autuada pelo Fisco por não ter recolhido IRPJ e CSLL sobre ganho de capital auferido em operação societária intragrupo, haveria obrigatoriamente que se reconhecer a contabilização, pela recorrente, de ágio, uma vez que "o pagamento de um ágio (pelo adquirente) sempre corresponderá ao recebimento de um ganho de capital (pelo alienante)".

Destaque-se inicialmente que o trecho do voto trazido à discussão pela recorrente reproduziu parte das contrarrazões apresentadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em oposição às alegações elencadas no recurso especial da contribuinte. Aquela Procuradoria desenvolveu um apanhado teórico a respeito da temática do ágio e da *mens legis* do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, antes de adentrar ao estudo do caso concreto e defender a impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio pela recorrente.

A análise empreendida pela PGFN no trecho transcrito está acertada, mas pressupõe que tenha havido **pagamento** na operação que origina o ágio. Assim, hipóteses em que o ágio é artificialmente criado em operações realizadas entre pessoas jurídicas interdependentes e sem nenhum sacrifício patrimonial em contrapartida ao surgimento do ágio (exatamente a situação analisada nos presentes autos) não se submetem à máxima de que o ágio e o ganho de capital seriam os dois lados de uma mesma moeda.

De fato, uma leitura fiel do que ali escrito, leva a se constatar a presença da exigência de pagamento: a) "o **pagamento** de um ágio (pelo adquirente) sempre ..."; b) (claro, se cumpridos os demais requisitos legais para tanto), quais sejam, entre outros, a saída de dinheiro do ativo.

Além disso, não procede o paralelo que a patrona da recorrente tenta estabelecer em seus memoriais. Sua controladora VONPAR S/A foi autuada em 2005 porque a Fiscalização entendeu que ela não poderia, por ocasião da integralização do capital social de sua controlada VONPAR CORRETORA, no ano 2000, ter agregado ao custo de aquisição da participação societária que detinha junto VONPAR REFRESCOS (a recorrente) o ágio

anteriormente registrado nesta empresa. Nesta operação, a VONPAR S/A pretendeu entregar o investimento à VONPAR CORRETORA pelo seu valor contábil, sem registro de ágio.

Já o ágio cujas despesas de amortização a recorrente pretendeu tributáveis foi contabilizado muito tempo antes, ainda em 1995. Sendo assim, ainda que existisse (que não é o que entendo que ocorra) uma máxima de dualidade "ágio / ganho de capital" para hipóteses em que não existe efetivo pagamento (ou sacrifício patrimonial que o valha), ela somente poderia ser aplicada sobre uma mesma operação, não a quaisquer operações realizadas dentro de um mesmo grupo econômico, a qualquer tempo.

Nas duas operações comparadas pela recorrente, há inclusive total alinhamento entre os posicionamentos adotados pelo Fisco: o ágio registrado na contabilidade da VONPAR REFRESCOS não pode ser utilizado para fins de aproveitamento fiscal das despesas de sua amortização, assim como também não pôde ser integrado ao custo de aquisição da participação societária da mesma empresa para fins de cálculo de ganho de capital auferido pela VONPAR S/A em 2000.

Esclarecida a citação, pela patrona da recorrente, de trecho retirado de meu voto no Acórdão nº 9101-002.300, registro que, em relação a situações como a descrita nos presentes autos, em que pessoas jurídicas defendem a possibilidade de aproveitamento tributário de ágio artificialmente criado em operações realizadas no interior de um mesmo grupo econômico e sem a efetiva circulação de riquezas, filio-me integralmente ao exposto no voto da i. Conselheira relatora, votando por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial interposto pela contribuinte.

Rafael Vidal de Araújo