MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**13502.721091/2017-68**
ACÓRDÃO	1201-007.039 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	8 de outubro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BRASKEM S/A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

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

NULIDADE. LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

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

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

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

DECADÊNCIA. DEDUÇÃO DE ÁGIO AMORTIZADO.

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

DOCUMENTO VALIDADO

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

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

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

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

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

RESPONSABILIDADE. ART. 135 CTN. ADMINISTRADOR. DEMONSTRAÇÃO ESPECÍFICA DA CONDUTA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

A responsabilização solidária é prerrogativa excepcional da Administração Tributária, que demanda conjunto probatório robusto, preciso e individualizado da conduta infracional para permitir a transposição da personalidade jurídica do contribuinte, penetrando na esfera patrimonial de seu gestor. A mera constatação da função de administração em instrumento societário e a argumentação de que as práticas das empresas dependem de atos de gestão de pessoas naturais, não é capaz de atribuir responsabilidade ao sócio administrador.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas

DOCUMENTO VALIDADO

ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em: (i) dar parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte autuado para (i.1) afastar, em razão da decadência, a exigência tributária relativa ao ano-calendário 2011; (i.2) manter o lançamento quanto aos anos-calendário 2012 e 2013; (i.3) afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao seu patamar base de 75%; (i.4) manter a exigência de juros de mora, inclusive sobre a multa de ofício e (ii) em dar parcial provimento ao recurso voluntário do responsável tributário Álvaro Fernandes da Cunha Filho para afastar a imputação de responsabilidade laborada pela fiscalização. Vencidos os Conselheiros Lucas Issa Halah e Alexandre Evaristo Pinto, que davam provimento aos recursos. Os Conselheiros Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque manifestaram interesse em apresentar declaração de voto.

Assinado Digitalmente

José Eduardo Genero Serra – Relator

Assinado Digitalmente

Neudson Cavalcante Albuquerque – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores José Eduardo Genero Serra, Lucas Issa Halah, Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Alexandre Evaristo Pinto, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

RELATÓRIO

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

O enquadramento legal é o que consta do auto de infração (fls. 02 e ss), em que as infrações foram assim descritas: *"VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS - GLOSA DE ÁGIO INTERNO"* e *"EXCLUSÕES INDEVIDAS - ÁGIO INTERNO REALIZADO"*.

Houve qualificação da multa de ofício, elevada ao patamar de 150%, e responsabilização solidária.

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

> Trata-se de Auto de Infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, Fls. 02 a 29, lavrados contra o contribuinte já qualificado nos autos, com a apresentação de impugnações tempestivas.
>
> Exigem-se os **créditos tributários de IRPJ e CSLL, respectivamente, nos montantes de R$ 45.331.283,36 e R$ 15.533.206,58, já computados os juros moratórios e a multa de ofício**.
>
> **1) Termo de Verificação Fiscal.**
>
> O Fisco constatou, conforme Termo de Verificação Fiscal nº 0002 - TVF, que **a empresa deduziu indevidamente na apuração do Lucro Líquido do ano de 2011, o montante de R$ 25.832.093,79, referente a ágio interno. Verificou também, a exclusão não autorizada na apuração do Lucro Real, nos anos de 2011, 2012 e 2013, nos montantes respectivos de R$ 30.225.845,82, R$ 59.836.787,95 e R$ 40.674.505,57, que também se referem a ágio interno**.
>
> Inicialmente o Fisco apresenta no Termo de Verificação Fiscal nº 0002 de fls. 31 a 86, um histórico do procedimento fiscal, pelo qual descreve de forma clara, todo o andamento dos trabalhos.
>
> - DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO FISCAL
>
> Passa então o Fisco a demonstrar o "Desenvolvimento da Ação Fiscal", identificando os montantes amortizados na Braskem, referentes aos anos calendário 2011 a 2013:
>
> ...
>
> **1. Da identificação dos montantes amortizados na Braskem, referentes aos anos calendário 2011 a 2013, a título de ágio oriundo da aquisição de ações da Copesul – CIA Petroquímica do Sul, CNPJ nº 88.948.492/0001-92, realizada pela OPP Produtos Petroquímicos S/A, CNPJ nº 04.406.103/0001-07, anteriormente denominada de OPP Centrais S.A, junto a OPP Química S/A, CNPJ nº 16.313.363/0001-17, registrada em 05 de novembro de 2001.**
>
> Preliminarmente, cumpre destacar que a Braskem S/A (anteriormente denominada de Copene – Petroquímica do Nordeste S.A) iniciou a amortização fiscal do ágio em epígrafe após a incorporação da

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

Ipiranga Petroquímica S/A, CNPJ nº 88.939.236/0001-39, doravante denominada apenas de "IPQ", ocorrida em 30 de setembro de 2008, que por sua vez havia incorporado a Copesul – CIA Petroquímica do Sul, CNPJ nº 88.948.492/0001-92, doravante denominada apenas de "Copesul", em 11 de setembro de 2008.

...

Descreve o que foi evidenciado através de resposta a intimação efetuada pelo contribuinte, item 1 do TVF, com a memória de cálculo referente às amortizações de ágio ocorridas de 2011 a 2013, apresentando ao fim, o demonstrativo de amortização do ágio entregue pela empresa, destacando pequenas divergências encontradas:

...

Demonstrativo nº 01 - Amortização do ágio

	Ágio OPP PP - Copesul	Ágio OPP PP - Copesul (a)	Ágio OPP Química - OPE	Ágio OPP Química - OPE (b)	Ágio total c = (a+b)
Período	Contábil	Parte B LALUR	Contábil	Parte B LALUR	Total parte B LALUR
Saldo em dez/10	25.811.193,27	130.737.139,94	3.456.216,85	16.374.489,06	147.111.629,00
Amortização/11	**25.832.093,79**	**30.225.845,82**	3.778.847,99	4.425.964,97	34.651.810,79
Saldo em dez/11	-20.900,52	100.511.294,12	-322.631,14	11.948.524,09	112.459.818,21
Amortização/12	**0,00**	**59.836.787,95**	0,00	4.425.964,97	64.262.752,92
Saldo em dez/12	-20.900,52	40.674.506,17	-322.631,14	7.522.559,12	48.197.065,29
Amortização/13 *	**0,00**	**40.674.506,17**	0,00	7.522.559,12	48.197.065,29
Saldo em dez/13	-	**0,00**	-	**0,00**	**0,00**

* Demonstrativo entregue pelo contribuinte, referente ao ágio OPP PP - Copesul (Parte B LALUR), apresenta R$ 0,61 de diferença no saldo total em 2013, relativamente às informações do LALUR e R$ 0,01 a partir do quanto identificado em dezembro de 2010.

...

Prossegue no item 2 do TVF, apresentando a **forma de aquisição com ágio, das ações da Copesul pela OPP PP, realizada junto à OPP Química em 05/11/2001**:

...

Corroborando a ocorrência da aquisição de ações da Copesul em novembro de 2001, verificou-se que a OPP Química registrou contabilmente (em 05/11/01) a baixa do investimento, mediante lançamento de débito na conta de resultado denominada "Baixa de Investimentos", código nº 470201001001, a crédito do investimento (conta de ativo).

Procedimento idêntico foi verificado no Livro Razão da OPP PP que demonstrou o registro da **aquisição de ações da Copesul junto a OPP Química, pelo valor de R$ 187.397.882,53** (cento e oitenta e sete milhões, trezentos e noventa e sete mil, oitocentos e oitenta e dois reais e cinquenta e três centavos), correspondentes a 20,67% (vinte inteiros e sessenta e sete centésimos) do capital da investida. Além do lançamento acima mencionado, a débito da conta de investimento denominada "COPESUL CIA PETROQU DO SUL", código nº 130102001001, verificou-se

DOCUMENTO VALIDADO

> que, **no mesmo dia (05/11/01), houve a contabilização de ágio na aquisição do investimento, registrado na rubrica "COPESUL CIA. PETROQU. DO SUL. (ÁGIO)", código nº 130102001023, no valor de R$ 281.638.642,99** (duzentos e oitenta e um milhões, seiscentos e trinta e oito mil, seiscentos e quarenta e dois reais e noventa e nove centavos).
>
> Além das informações obtidas nos Livros Razão acima mencionados, verificou-se que a Demonstração Financeira da OPP PP, publicada em 31 de maio de 2002, à fl. 40, se referiu a alienação de 20,67% (vinte inteiros e sessenta e sete centésimos) das ações da Copesul, ocorrida em novembro de 2001. Por fim, no dia 13 de junho de 2017, a Braskem apresentou, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 0008, Instrumento Particular de Compra e Venda das Ações da Copesul.
>
> ...

Concluiu o Fisco que, "a despeito da inobservância de qualquer citação acerca da alienação nas Atas de Assembleia Ordinária e Extraordinária, aduz-se que houve a aquisição de ações mencionada, com expressivo ágio interno, realizada pela OPP PP junto a OPP Química".

O Fisco também demonstra, através do item 3 do TVF, a **"ligação/controle comum entre as empresas OPP PP, OPP Química e Odebrecht Química S/A, CNPJ nº 57.015.018/0001-84, bem como sua relação com a Organização Odebrecht"**. Apresenta, para facilitar o entendimento, além de uma explanação pormenorizada, diagramas explicativos e demonstrativos:

> ...
>
> • Do controle exercido pela Organização Odebrecht, através da ODEQUI, no Capital da OPP PP, CNPJ nº 04.406.103/0001-07 (Empresa de prateleira, veículo e holding).
>
> A OPP PP, anteriormente denominada de Neápolis Comercial LTDA, foi constituída em 09 de abril de 2001, com capital social de R$ 100,00 (cem reais) e era administrada pelo Sr. Antônio Carlos Campos, CPF nº 859.887.158-34 e pela Srª Maria Helena R. Marcondes Pedrosa, CPF nº 215.414.268-00. Consoante informações do Livro Razão exibido, a OPP PP não apresentou qualquer movimentação contábil até 01 de setembro de 2001 (nesse dia houve registro apenas do capital social), demonstrando inicialmente seu propósito de se manter na prateleira para posterior utilização.
>
> Em 20 de julho de 2001, a Neápolis Comercial LTDA alterou sua denominação para Camaçari Comercial LTDA, bem como modificou sua composição societária com a admissão das empresas Odebrecht Química S.A, CNPJ nº 57.015.018/0001-84, doravante denominada apenas de "ODEQUI" e OPP Química e a retirada dos sócios anteriores.

...

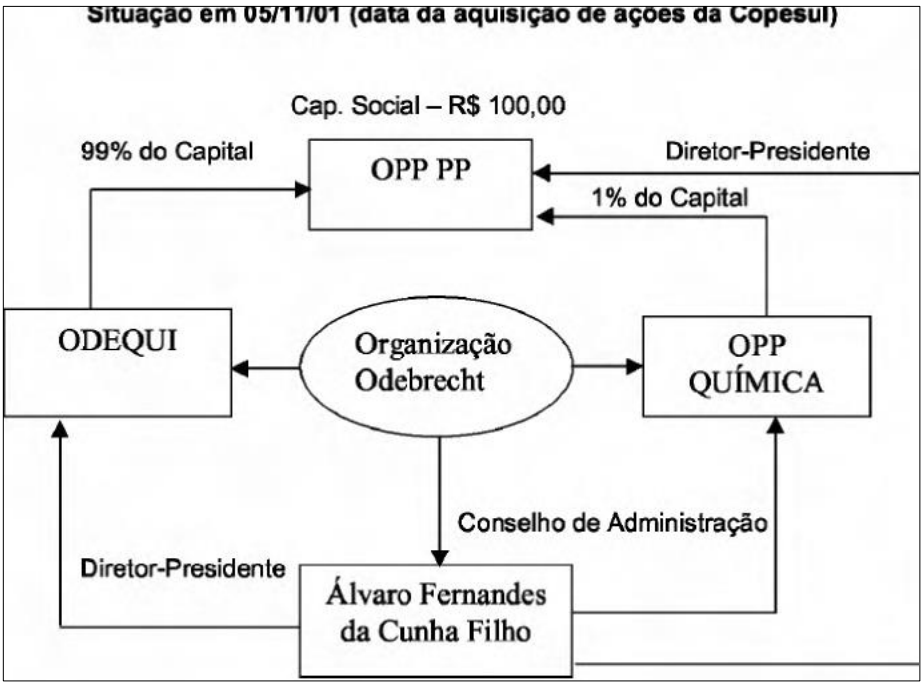
Após toda a descrição, no que se refere às alterações societárias, o Fisco apresentou a **nova composição societária da OPP PP**, então Camaçari Comercial Ltda, conforme o seguinte diagrama:

...

...

Ainda, no que se refere à OPP PP, o Fisco descreve novas alterações societárias, passando a empresa a ter a seguinte situação:

...



...

Continua o Fisco:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

...

• Do controle exercido pela Organização Odebrecht, através da ODEQUI, no Capital da OPP QUÍMICA, CNPJ nº 16.313.363/0001-17.

...

Após informações prestadas pela Braskem, relativas ao extrato de evolução acionária, o Fisco detalhou a composição do capital social da OPP Química:

...

Demonstrativo nº 03 - Composição do Cap. Social OPP Química (28/05/01 - última posição antes da alienação de ações da Copesul)

Acionista	Ações ordinárias	Ações Preferenciais "A"	Ações Preferenciais "B"	% Cap. Votante	% Cap. Total
ODEQUI	15.568.524.595	5.947.166.277	0	100,00%	81,28%
ODEQUI Investments Limited	0	0	529.655.794	0,00%	2,00%
Credit Lyonnais Cayman Islands Branch	0	0	4.426.316.104	0,00%	16,72%
Total	**15.568.524.595**	**5.947.166.277**	**4.955.971.898**	**100,00%**	**100,00%**

...

Prossegue o Fisco informando:

...

Buscando confirmação da composição acionária da OPP Química, analisou-se as Atas de Assembleia Geral Extraordinária, ocorridas em 30 de março e 30 de abril de 2001, nas quais foram aprovadas a estrutura quantitativa e qualitativa do Capital Social da empresa, conforme demonstrativo acima (exceto pela alienação de ações do Credit Lyonnais para a ODEQUI Investments Limited – OIL), bem como foram identificados os membros do conselho de administração, quais sejam, Emílio Alves Odebrecht, Álvaro Fernandes da Cunha Filho (Diretor-Presidente da OPP PP), entre outros.

No dia 30 de outubro de 2001, última assembleia realizada na OPP Química antes da alienação de ações da Copesul à OPP PP, houve redução de Capital Social sem nenhuma consequência na composição societária ou diretoria da sociedade.

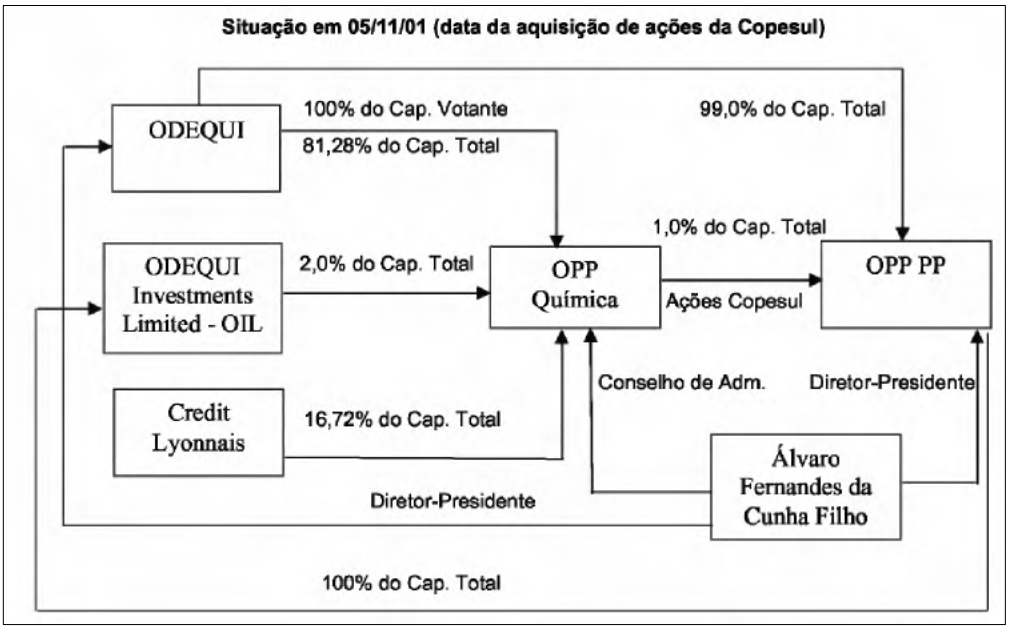
...

Constatou assim, com base em todo o exposto no TVF, a ligação entre as empresas, conforma esquema apresentado:

...

DOCUMENTO VALIDADO

Original



Como se vê, a ODEQUI mantinha o controle de 100% (cem por cento) do Capital Votante da OPP Química, enquanto que o Credit Lyonnais dispunha apenas de ações preferenciais sem direito a voto ou gestão nas operações da investida. Além do comando mencionado, a ODEQUI, direta e indiretamente (através do controle na OPP Química) controlava 100% (cem por cento) do Capital Votante da OPP PP

....

Conclui "que **a OPP Química e OPP PP são empresas intimamente ligadas, na medida em que são controladas pela ODEQUI, bem como na data da aquisição de ações em comento eram administradas por diretor em comum (Álvaro Fernandes da Cunha Filho** - membro do staff da Organização Odebrecht)".

Na verdade, **o Fisco demonstra a natureza interna do ágio e assim, sua inviabilidade de ser amortizado, devido a todas as empresas intervenientes serem participantes do grupo Odebrecht, além de não ter havido liquidação financeira na operação**:

...

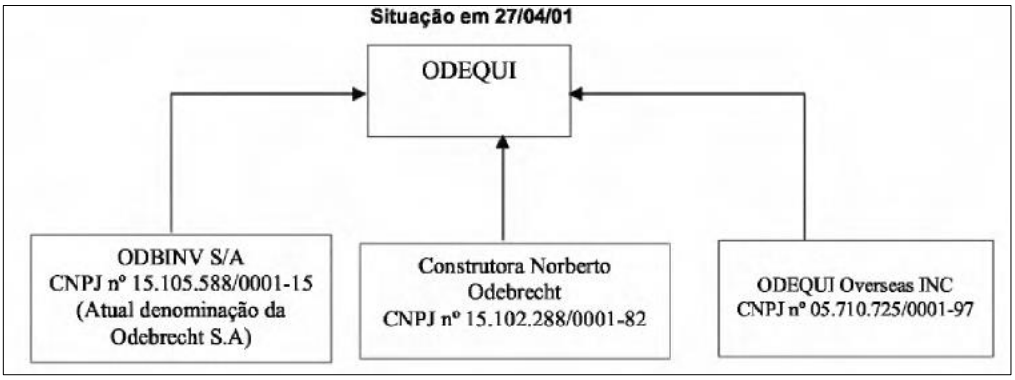
• Do controle exercido pela Organização Odebrecht, através da ODBINV S/A, CNPJ nº 15.105.588/0001-15 no Capital da ODEQUI, CNPJ nº 57.015.018/0001-84.

...

O Fisco também identificou qualitativamente a composição societária da ODEQUI, conforme diagrama apresentado:

...

DOCUMENTO VALIDADO



...

O Fisco, com base em dados da redução de capital realizada em 30/12/2001, deliberada em Assembleia Geral Extraordinária, foi capaz de mensurar as participações no Capital da ODEQUI, conforme o seguinte demonstrativo:

...

Demonstrativo nº 04 - Composição do Cap. Social ODEQUI (30/12/01 - primeira posição após aquisição de ações da Copesul pela OPP PP)

Acionista	Valor	% Capital detido	Forma liquidação
ODBINV (anteriormente denominada de Odebrecht S/A)	260.733.499,00	98,38999962%	Encontro de contas
ODEQUI Overseas INC	4.266.500,00	1,61000000%	Encontro de contas
Construtora Norberto Odebrecht	1,00	0,00000038%	Pgto em dinheiro
Total	**265.000.000**	**100,00%**	-

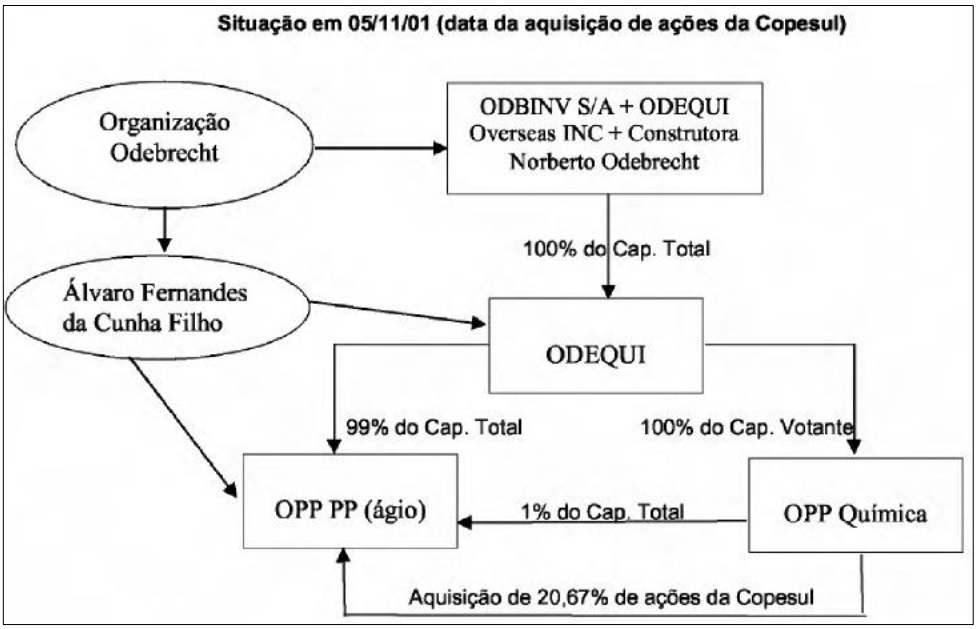
Registre-se que só foi possível mensurar as participações no Capital da ODEQUI, em face da redução de Capital acima mencionada, mormente o contribuinte não ter apresentado os Livros Registro de Ações Nominativas e de Transferências de Ações Nominativas.

...

Ressalta o Fisco, **"a íntima ligação existente entre os partícipes da operação, bem como do caráter interno da origem do ágio registrado na aquisição de ações da Copesul, pela OPP PP junto a OPP Química"**, conforme se depreende no diagrama à fl. 49:

...

DOCUMENTO VALIDADO



...

Entende o Fisco que **"o investimento já fazia parte dos ativos da Organização Odebrecht, cuja operação de alienação apenas modificou, dentro do próprio grupo, o detentor das ações, bem como fez surgir expressivo ágio interno"**.

(...)

O Fisco vai adiante e, no item 5 do TVF, apresenta seu entendimento de que **não houve o efetivo pagamento pela aquisição da participação na Copesul, realizada pela OPP PP junto a OPP Química**:

...

> A Braskem foi intimada a apresentar escrita contábil, em meio físico e magnético, referente à empresa OPP PP, e, assim o fez. De posse do Livro Razão, às fls. 02 e 03, verificou-se o registro da aquisição de ações da Copesul, com expressivo ágio interno em contas de ativo e a contrapartida em conta de passivo junto a OPP Química, conforme demonstrativo abaixo.

Demonstrativo nº 05 - Lançamentos contábeis referentes a aquisição de ações da Copesul junto a OPP Química

Operação	D/C	Valor	Rubrica	Código da conta	Grupo da conta
Aquisição de ações da Copesul	D	187.397.882,53	COPESUL CIA PETROQ DO SUL (INVEST.)	130.102.001.001	Ativo Permanente
Aquisição de ações da Copesul	D	281.638.642,99	COPESUL CIA. PETROQ. DO SUL (ÁGIO)	130.102.001.023	Ativo Permanente
Aquisição de ações da Copesul	C	469.036.525,52	OPP QUIMICA S. A	220.301.003.001	Passivo Exigível a Longo Prazo
-	-	-	-	-	-

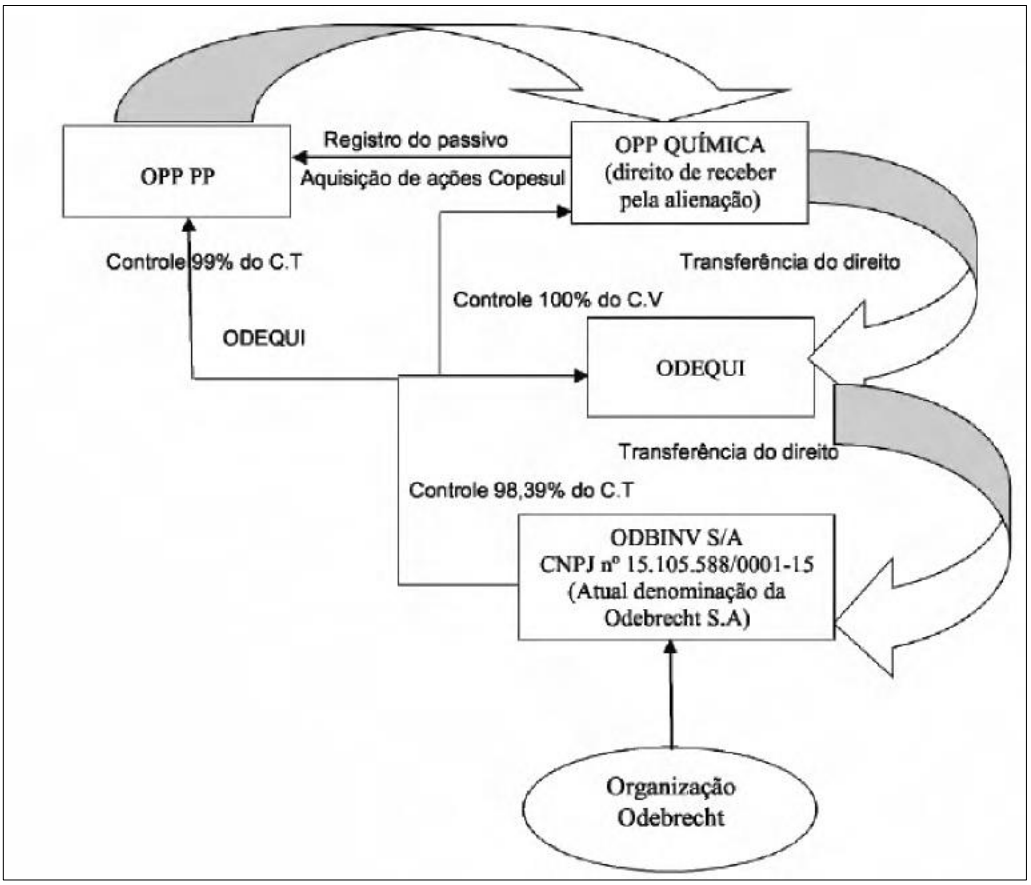
...

DOCUMENTO VALIDADO

Original

A seguir, após detalhamento da operação de compra, demonstrando inclusive o roteiro dos direitos de recebimentos dos valores advindos da negociação, o Fisco apresenta o registro do passivo, bem como sua movimentação no grupo econômico:

...



Em 21 de março de 2002, segundo informações obtidas às fls. 3 e 4, do Livro Razão da OPP PP, houve aumento de seu Capital Social integralizado pela Odebrecht S/A, atual denominação da ODBINV S/A, através do encontro de contas contábeis. Ou seja, a OPP PP mantinha um débito27 junto a ODBINV S/A, cuja liquidação se deu pelo aumento de seu próprio Capital Social, sem envolvimento de qualquer dispêndio financeiro.

...

Constata o Fisco, ao fim, "que **um débito, oriundo de aquisição intragrupo de ações se transformou em aumento do próprio Capital Social. Como se vê, a Organização Odebrecht se auto-organizou com objetivo inicial de redução do lucro tributável através da amortização ilícita de ágio interno (1º objetivo do planejamento tributário ilícito), mas também com intenções acessórias, quais sejam, nenhum dispêndio financeiro na liquidação da operação (2º objetivo do planejamento tributário ilícito), bem como aumento do Patrimônio Líquido da controlada (OPP PP) para influenciar na relação de troca de ações no momento da incorporação do ativo ao patrimônio da Braskem, fato esse, ocorrido em 16 de**

DOCUMENTO VALIDADO

agosto de 2002 (3º objetivo do planejamento tributário ilícito levado a cabo pela Organização Odebrecht)".

No item 5.1 do TVF, o autuante levanta a questão do **aumento do Capital Social da Copene – Petroquímica do Nordeste, antiga denominação da Braskem S/A, proveniente da contabilização indevida do ágio interno/artificial relativo à aquisição de ações da Copesul, pela OPP PP junto a OPP Química**.

Entende o fisco que o aumento de capital com a consequente emissão de ações realizadas em 18/08/2002, deveu-se a duas operações que são parte integrante do Planejamento Tributário Abusivo perpetrado pela Organização Odebrecht, a saber:

...

a) Aumento de Capital Social da OPP PP, realizado pela ODBINV S/A, relacionado com a aquisição de ações da Copesul e consequente geração de ágio interno que sequer deveria ser registrado contabilmente;

b) Aumento do Patrimônio Líquido da OPP PP, em face da aquisição de ações da ODEQUI com expressivo ágio interno e consequente realização indevida do lucro decorrente de equivalência patrimonial;

Corroborando a assertiva de que o aumento do Capital Social da Copene, antiga denominação da Braskem S/A, foi originado de aquisições intragrupo, com expressivo ágio interno ilícito constituído, que sequer deveria ser registrado contabilmente à luz da Teoria Contábil, verificou-se à fl. 08, das Notas Explicativas da Administração, parte integrante das Demonstrações Financeiras publicadas pela OPP PP, as disposições das mutações do Patrimônio Líquido, conforme excerto abaixo.

OPP Produtos Petroquímicos S.A. 001234

Demonstração das mutações do patrimônio líquido
Em milhares de reais

	Capital social	Lucros (prejuízos) acumulados	Total
Em 1º de janeiro de 2002 (não auditado)		(499.689)	(499.689)
Integralização de capital	723.454		723.454
Absorção de prejuízos, mediante redução de capital conforme AGE (Nota 15 (a))	(499.689)	499.689	
Lucro líquido do período		1.438.669	1.438.669
Dividendos intercalares (Nota 15 (b))		(1.079.539)	(1.079.539)
Em 31 de maio de 2002	223.765	359.130	582.895

...

O Fisco traz o passo a passo das operações realizadas, concluindo que a Organização Odebrecht, que reúne a OPP PP, OPP Química, ODBINV e Trikem,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

efetuou transações eminentemente internas que geraram o ágio claramente artificial, elevando sua participação na Braskem, em detrimento dos acionistas minoritários.

Do descrito no TVF, o Fisco formou a convicção sobre a ilicitude da amortização do ágio interno, no contexto da liquidação sem dispêndio financeiro, na consolidação do controle da Braskem.

No item 6 do TVF, o Fisco faz a **consolidação das operações realizadas, que levaram à glosa das amortizações do ágio, gerado internamente sem qualquer fundamento econômico** e, segundo este, **com o fim principal de redução da carga tributária**.

Conforme descrito, a **OPP PP foi constituída em 09/04/2001, com capital de R$ 100,00, passando a ser controlada, em 20/07/2001, pela ODEQUI (99% do capital) e pela OPP Química (1% do capital), ambas as empresas participantes da Organização Odebrecht, tendo sido posteriormente, em 28/09/2001, transformada em uma Sociedade Anônima fechada**.

Em 05/11/2001, a OPP PP adquiriu 20,67% do capital da Copesul, junto à OPP Química, com expressivo ágio, pelo valor de R$ 469.036.525,52. Como não possuía patrimônio suficiente para cobrir a operação, a contrapartida da operação foi registrada em conta do passivo, no montante aproximado de R$ 470.000.000,00.

A Organização Odebrecht transferiu o direito de receber o valor da transferência do patrimônio da Copesul, devido pela OPP PP, inicialmente da OPP Química para a ODEQUI, e, depois para a ODBINV S/A, anteriormente denominada de Odebrecht S/A.

Com o fim de não desembolsar dinheiro e visando liquidar o passivo registrado na OPP PP, esta "emitiu ações para sua controladora indireta, a ODBINV S/A, que por sua vez deu por quitada a dívida pela assunção de ações da Copesul com expressivo ágio ilícito (uma mais-valia que sequer poderia ser registrada contabilmente se transformou em Capital Social)".

O Fisco entende que **a Braskem, juntamente com a OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV S/A, intencionalmente criaram uma operação de aquisição de ações intragrupo com expressivo ágio apenas com o objetivo de reduzir ilicitamente a carga tributária a que estava submetida. Além disso, outro objetivo foi o de não realizar qualquer dispêndio monetário pela aquisição das ações com ágio**.

Conclui o Fisco:

...

> Como já estava prevista a integração de diversos ativos químicos e petroquímicos de 1ª e 2ª geração, bem como a incorporação da OPP PP32, em uma só empresa, qual seja, a Braskem, essa etapa do

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> planejamento tributário abusivo (aumento do Patrimônio Líquido da incorporada) foi importante para o Grupo Econômico visando a influência na relação de troca de ações ocorridas em 16 de agosto de 2002.
>
> Conforme menção anterior, às fls. 27 a 31, do presente Termo de Verificação Fiscal, após todas as etapas do planejamento tributário abusivo realizado pela Braskem e outras empresas integrantes da Organização Odebrecht, houve de fato um ganho substancial da relação de troca de ações envolvendo OPP PP e Copene, antiga denominação da Braskem S/A.
>
> Analisando conjuntamente a sequência das operações realizadas como etapas preparatórias ao efetivo início da amortização fiscal do ágio em epígrafe (aquisição de ações intragrupo; ausência de dispêndio financeiro e elevação do Patrimônio Líquido da incorporada, visando a modificação na relação de troca de ações) observou-se que tais negócios foram concretizados intencionalmente com o único propósito de reduzir a carga tributária das empresas da Organização Odebrecht, mediante o aperfeiçoamento (artificial) da hipótese descrita nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.
>
> ...

Entende assim, **não haver dúvida quanto à ilicitude da amortização do ágio interno efetivada pela Braskem, no período de 2011 a 2013, ressaltando a conduta intencional de criação de operações intragrupo realizada apenas no papel**.

No item 7 do TVF, o Fisco descreve as **razões que levaram à qualificação da multa de ofício**, nos termos dos Artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964.

Entende o autuante, que **as condutas do contribuinte, já citadas anteriormente, "tiveram a finalidade, de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, além de excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar o seu pagamento"**.

Cita que, no período a que se refere a autuação, estava vigente o artigo 7º e inciso III, bem como artigo 8º, da Lei nº 9.532/97, que combinado com o artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, que possibilitavam a amortização fiscal do ágio, desde que fosse baseado em rentabilidade futura da controlada, demonstrada em comprovante devidamente arquivado. Havia também a necessidade da incorporação e confusão patrimonial envolvendo investidor e investida:

> (...)

Não restaram dúvidas, no entender do Fisco, que **a Braskem, além das outras empresas envolvidas nas transações, se aproveitaram intencionalmente da novação legal, para criar uma operação artificial de venda intragrupo de ações, que sequer reunia as condições legais apara registro contábil de acordo com a legislação comercial, visando tão somente a redução da carga tributária a que estava submetida, mediante a dedução de despesa com ágio interno. Essa conduta impediu o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador, acontecimento que impõe a qualificação da multa de ofício por prática da Sonegação**, a teor do artigo 71, da Lei nº 4.502/64.

Prossegue ainda o Fisco, informando que **à época da transação relativa à aquisição da Copesul pela OPP PP, não havia laudo tempestivo, que justificasse o sobrepreço**:

(...)

Entende ainda o Fisco que, **a contratação intempestiva da Plancosult Planejamento e Consultoria S/C Ltda., evidenciou a tentativa intencional da Braskem, bem como da OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV, de alteração das características essenciais do fato gerador de modo a reduzir a carga tributária a que estava submetida a Organização Odebrecht, mediante o Instituto da Fraude**, a teor do artigo 72, da Lei nº 4.502/64.

Informa que:

...

> Apenas a corroborar o interesse de criar artificialmente uma aquisição de ações intragrupo, bem como a intuito de fraudar o Fisco Federal, constatou-se que **sequer houve dispêndio financeiro para liquidação da operação. Pelo contrário, a OPP PP teve seu Capital Social elevado, fato que serviu para modificar consideravelmente a relação de troca de ações no ato de sua incorporação pela Braskem S/A**.

...

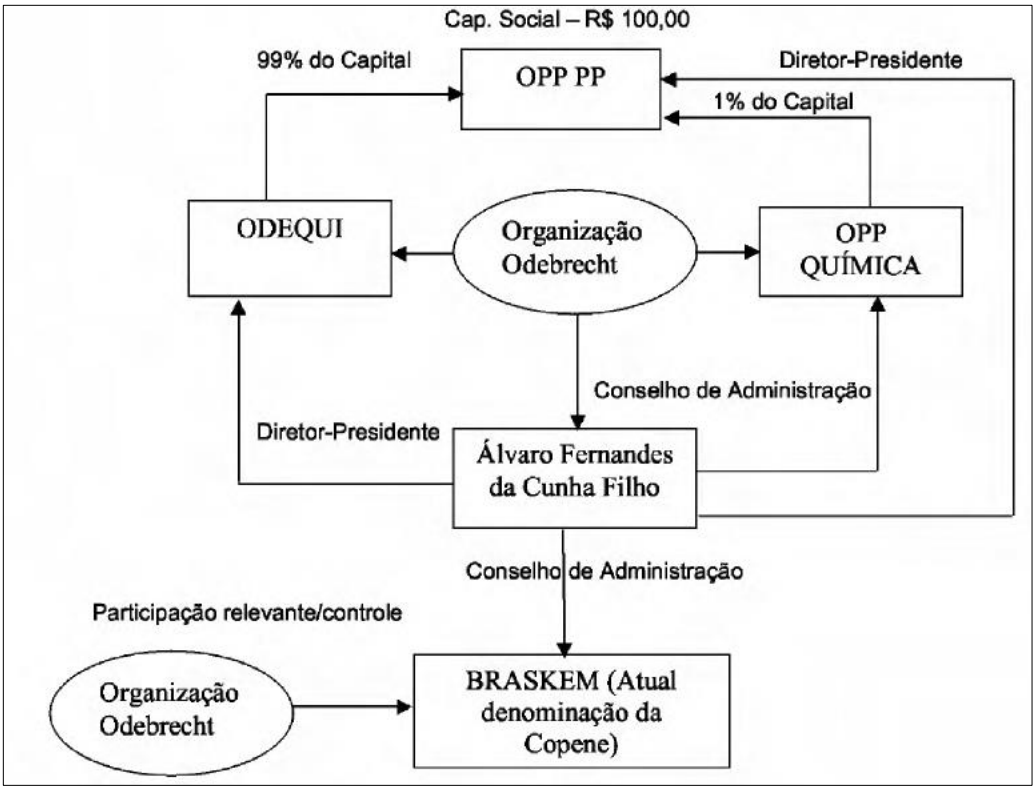
Conclui, então, pela qualificação da multa de ofício, duplicando-a, de acordo com o artigo nº 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, **pela constatação de ocorrência de Sonegação, Fraude e Conluio praticados pelas empresas OPP PP, OPP Química, ODEQUI, ODBINV S/A e Braskem**.

Apresenta **a responsabilização pessoal dos administradores da BRASKEM, especificamente o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho**, CPF nº 030.495.905-72, **pela prática continuada de Fraude e Sonegação e por excesso de poderes, infração de Lei, contrato social ou estatuto, nos termos do artigo 135 da Lei n° 5.172/66**, conforme descrito no item 8 do TVF.

DOCUMENTO VALIDADO

Segundo o Fisco, **o Sr. Álvaro administrava todas as empresas partícipes da operação no momento da origem da mais-valia**, consoante diagrama apresentado:

...



> Segundo diplomas legais vigentes até a época dos fatos geradores aqui analisados (2011 a 2013) não era possível o registro contábil do referido ágio, mormente não apresentar qualquer substância econômica, principalmente por ter sido originado em operações envolvendo partes intimamente ligadas. Ainda assim, a Organização Odebrecht, através do Conselho de Administração e Diretoria, das diversas empresas partícipes do negócio, optou por amortizar o referido ágio ao arrepio da Lei.

...

O Fisco declara que, de forma consciente, "a Organização Odebrecht se auto-organizou para criação de despesa, sabidamente ilícita, com o fito único de redução da carga tributária a que estava submetida", prosseguindo:

(...)

O Fisco prossegue, afirmando que **competia ao Conselho de Administração da Braskem a orientação geral da companhia, bem como a destituição da Diretoria, principalmente no que se refere à observância do ordenamento jurídico vigente**.

DOCUMENTO VALIDADO

Entende também que não restaram dúvidas que **as condutas fraudulentas foram perpetradas por quem dispunha do poder de mando na sociedade (Conselho de Administração) e que tinha a obrigação de examinar os livros e documentos da empresa visando a adequação ao texto legal**.

Com base em todo o descrito pelo no TVF e **pela "continuação das práticas de Fraude e Sonegação, iniciadas em 2001, concluiu-se que o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho, CPF nº 030.495.905-72, na qualidade de membro do Conselho de Administração da Braskem, durante o período de amortização do ágio interno e, Gestor, com poder de mando nas empresas OPP PP, OPP Química, ODEQUI e Copene (antiga denominação da Braskem) no momento da constituição do ágio, será responsabilizado pessoalmente pelo crédito tributário (2011 a 2013)** ora constituído".

Passa o Fisco, no item 9 do TVF, a analisar a **composição do Prejuízo Fiscal da empresa, assim como de sua Base Negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**.

Após o Fisco ter considerado os prejuízos antes das compensações, declarados pela Braskem, no período compreendido entre 2011 e 2013, adicionados a todas as alterações realizadas em lançamentos de ofício anteriores, consoante demonstrativo abaixo, intimou-se também a empresa, tendo em vista as diferenças constatadas, a corrigir as informações constantes tanto da Parte "B" do LALUR como da Parte "B" dos LACS respectivos, para que evidenciem corretamente os saldos dos Prejuízos Fiscais e da Base de Cálculo Negativa de CSLL a compensar em exercícios subsequentes.

Ao fim, através do item 10 do TVF, o Fisco apresenta suas **conclusões**:

...

> Da análise da Escrita Contábil e Livros Fiscais (LALUR e LACS), bem como outros documentos apresentados a essa Auditoria, concluiu-se que a amortização contábil e fiscal de ágio interna realizada, nos moldes propostos pela Braskem, deve ser glosada consoante diplomas legais vigentes.
>
> Em função desta constatação foi recomposta a base de cálculo do IRPJ e CSLL, glosando-se os valores abaixo descritos.

Demonstrativo nº 26 - Glosas Braskem (Ofício)

Ano	Despesa contábil - ágio interno	Glosa Parte B LALUR/LACS	Total
2011	25.832.093,79	30.225.845,82	56.057.939,61
2012	0,00	59.836.787,95	59.836.787,95
2013	0,00	40.674.505,57	40.674.505,57
Total	**25.832.093,79**	**130.737.139,34**	**156.569.233,13**

DOCUMENTO VALIDADO

Original

A multa de ofício referente a esta infração foi duplicada nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei 9.430/96, com nova redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488/2007, por entender esta Auditoria que houve Fraude e Conluio nas operações intragrupo realizadas.

Em face da constatação da Sonegação, Fraude e Conluio perpetrados pela Braskem, OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV S/A, todas integrantes da Organização Odebrecht, foi responsabilizado pessoalmente pelo crédito tributário o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho, CPF nº 030.495.905-72, na qualidade de Gestor (Diretor-Presidente da OPP PP e ODEQUI, assim como membro do Conselho de Administração da COPENE/Braskem e OPP Química) com poder de mando, no momento da geração do ágio interno/ilícito, bem como da participação no Conselho de Administração da Braskem, no período da presente amortização fiscal ilícita da citada mais-valia.

Por fim, informa-se ao contribuinte a alteração do TDPF em andamento, em face da inclusão dos tributos IRPJ e CSLL no escopo da Auditoria, no período de 2011 e 2013, referente a operação de ágio aqui analisada.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, em 02 (duas) vias de igual forma e teor, assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, e pelo contribuinte/preposto, que neste ato recebe uma das vias.

...

2) Impugnação da BRASKEM.

Irresignado, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva em 21/08/2017, de fls. 13.736 a 13.829, através da qual contestas as infrações a ele imputadas, cujo conteúdo, em apertada síntese, relato a seguir:

(...)

Através do item II.1 da impugnação, resume a operação que teria gerado o ágio, nos termos do Termo de Verificação Fiscal - TVF, relembrando as alegações do Fisco de ausência de independência entre as partes na operação (item II.2 da impugnação), ausência de pagamento (item II.3 da impugnação), ausência de fundamento econômico (item II.4 da impugnação).

Descreve também os argumentos do Fisco, no que se refere à qualificação da multa de ofício, sob a acusação de sonegação, fraude e conluio (item II.5 da impugnação), à responsabilização pessoal dos administradores (item II.6 da impugnação), além das alterações efetuadas nos Prejuízos Fiscais e na Base de Cálculo Negativa da CSLL (item II.7 da impugnação).

III. PONTOS CRUCIAIS QUE MERECEM ATENÇÃO DOS JULGADORES

DOCUMENTO VALIDADO

Neste ponto, reproduzo as principais questões levantadas pelo impugnante e consideradas por ele cruciais:

...

III.1. Não está presente a "ratio puniende" da jurisprudência que requalifica ágios formados intragrupo, denominados de "ágio interno"

Reavaliação espontânea de ativos sempre foi admitida pelo Direito Tributário até o advento da Lei 12.973/14. Reavaliação, por si só, não é uma infração. A legislação apenas previa controles (v.g., reserva de reavaliação) e definia o momento em que tal acréscimo seria tributado. Se houvesse tributação, esse acréscimo se incorporava ao custo do ativo e, a partir dai, poderia ser depreciado ou amortizado pela PJ ou por outra que o recebe por transferência (alienação, permuta, etc).

...

Ou seja, alienar ativos reavaliados a mercado dentro do grupo não é, por si só, uma infração. Cada empresa é mensurada para fins tributários de forma independente.

III.2. Operação geradora do ágio em 2001, mais de 15 anos antes do Auto de Infração

A fiscalização ignorou totalmente o prazo de decadência e investigou fatos geradores perfeitos e acabados ocorridos entre 2001 e 2002 para perseguir seus efeitos nos períodos autuados.

III.3. A reavaliação dos ativos pela OPP Química gerou ganho de capital em operação anterior ao registro do ágio e que foi tributado por sujeito passivo distinto da impugnante

...

Se o Fisco discorda dessa operação prévia que resultou em ganho de capital devidamente tributado, deveria tê-la questionado por ocasião de fiscalização sobre essa mesma operação dentro do prazo decadencial. Não é o ágio deduzido e arcado pela Impugnante, à época não sujeita ao controle da Organização Odebrecht, que deve ser presumido como artificial. Esse ágio é consistente com a operação realizada pelo alienante e teria sido gerado de qualquer maneira ainda que não houvesse tal operação anterior intragrupo, já que a aquisição do investimento ocorreu em um ambiente de livre negociação com terceiros independentes de forma legítima e pelo valor de mercado amparado por laudo de avaliação.

III.4. A operação formadora do ágio foi conduzida entre partes independentes

DOCUMENTO VALIDADO

A Impugnante, no momento das operações questionadas nos autos, não era controlada isoladamente por nenhuma empresa da Organização Odebrecht. A Impugnante decidiu, por diversos acionistas relevantes, incluindo Petroquisa, Previ e Petros, adquirir os investimentos petroquímicos detidos pela Organização Odebrecht (incluindo a participação minoritária de 20,67% no capital da Copesul), o que foi feito através da OPP PP, esta, sim, controlada pela Organização Odebrecht.

III.5. O valor da transação foi formado em ambiente de mercado e entre partes independentes

A Impugnante adquiriu tais investimentos pelos respectivos valores de mercado, em negociação firmada entre a Organização Odebrecht e outros acionistas notoriamente independentes. Tanto que foram celebrados prévios Memorandos de Entendimentos para fixar parâmetros de avaliação dos investimentos por instituição financeira de primeira linha escolhida de comum acordo, antes da operação que gerou o ágio e antes da subsequente concentração dos investimentos na Impugnante. Somente depois de tudo isso foi que a Organização Odebrecht passou a ter o controle da Impugnante.

...

III.6. Houve pagamento do ágio evidenciado por transferências patrimoniais

Dizer que não houve pagamento do ágio não tem qualquer respaldo em provas. Em contrapartida ao aporte de investimentos, a Odebrecht recebeu novas ações emitidas pela Impugnante, conforme reconhece o próprio auditor fiscal.

A alegação de que os acionistas minoritários foram prejudicados por conta do aumento patrimonial prévio da OPP PP não se sustenta, pois esses acionistas não só concordaram expressamente com a integração dos ativos petroquímicos da Organização Odebrecht na Copene, como tinham poder de vetar essa integração caso ela não estivesse suportada em valor de mercado.

...

III.7. Ágio seria o mesmo caso a Impugnante adquirisse diretamente da OPP Química a participação na Copesul.

Importante ressaltar que, se não tivesse ocorrido essa operação prévia, ainda assim a Impugnante teria adquirido o investimento pelo valor de mercado com a formação de um mesmo ágio dedutível, como será demonstrado nesta impugnação. O direito da Impugnante de deduzir o ágio não pode ser contaminado porque o Fisco discorda da operação

DOCUMENTO VALIDADO

intragrupo realizada antes entre OPP PP (compradora) e OPP Química (vendedora).

III.8. Para verificar a validade da operação, deve-se examinar todo o filme, e não apenas isolar uma fotografia para tributar uma parte da transação

...

De fato, a análise de todo o filme permite verificar que os pilares em que se construiu toda a acusação fiscal não se sustentam diante das provas apresentadas. A acusação de "ágio interno" está baseada no fato de o valor ter sido estabelecido por partes vinculadas que controlavam toda a operação. Por outro lado, as provas demonstram de forma cabal que o preço decorre de critérios rigorosos previsto em Memorandos de Entendimentos prévios, em que participavam empresas independentes e que foi praticamente impossível a manipulação do preço da transação.

III.9. Não houve dolo na conduta adotada pela Impugnante

...

Acrescente-se ainda que, embora a conduta da Impugnante não se identifique como "ágio interno", a legislação e a jurisprudência à época não vedavam a dedutibilidade do ágio formado entre operações intragrupo. Daí não é lógico cogitar, como faz a Fiscalização, de que houve fraude por parte da Impugnante quando a lei e regulamentações tributárias sequer condenavam tal dedutibilidade no início dos anos 2000. Apenas com a edição da Lei n.° 12.973/2014, foram introduzidas limitações ao aproveitamento do ágio em operações intragrupo.

III.10. Não houve sonegação, fraude ou conluio a justificar a qualificação da multa

A acusação de que a Impugnante buscou ocultar a ocorrência do fato gerador não encontra amparo na prova dos autos. A operação foi noticiada em demonstrações financeiras da época, publicadas em jornais de grande circulação. Além disso, não só nesta fiscalização, como em fiscalização iniciada em 2012 e encerrada em 2014 (MPF 05.0.01.00.2012.00043.4), a Impugnante informou o aproveitamento fiscal do ágio em questão, não tendo sido autuada naquela oportunidade. Não há qualquer indício de ocultação por parte da Impugnante. A alegação de que a omissão decorreria da inexistência de atas de reunião de diretoria ou de Conselho de Administração retratando a compra e venda de ações não tem fundamento, não tendo sido apontado nenhuma previsão do estatuto social que obrigasse essa operação a ser aprovada em reunião de Diretoria ou do Conselho de Administração.

DOCUMENTO VALIDADO

Além disso, não houve contratação intempestiva de laudo de avaliação, muito menos esse fato seria indício de uma conduta fraudulenta. Na verdade, a qualificação da multa decorre quase que automaticamente da acusação (infundada) de que o ágio é interno, logo artificial.

...

Após tais considerações, a impugnante traz as razões de sua defesa.

IV. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

IV.1. Homologação expressa do lançamento em face de fiscalizações abertas em 2012 e em 2014

(...)

...

Estranho que a Impugnante tenha sido fiscalizada em 2012 e 2014 e, somente agora, seja autuada em 2017 pelos fatos já auditados anteriormente, de duas uma: ou está clara a inércia das fiscalizações (sobretudo aquela realizada em 2012, que envolveu, dentre as solicitações, documentos específicos do ágio ora analisado) ou à época o Fisco entendia que o ágio foi legitimamente gerado e a glosa efetuada agora decorre de alteração da interpretação sobre o direito aplicável.

...

É válido recordar que o ágio objeto da autuação foi formado no ano de 2001 e teve a sua primeira amortização fiscal em 2008. Ora, se o Fisco teve condições de questionar tanto a tributação do ganho de capital pela OPP Química (alienante) como a correspondente amortização do ágio, sem lançar absolutamente nada, é inegável que aquiesceu sobre a sua dedutibilidade.

...

(...)

IV.2. Nulidade do lançamento por vício de incompetência dos agentes fiscais

(...)

...

O art. 906 do RIR não concede uma autorização irrestrita para o Fisco reabrir fiscalizações. Pelo contrário, estabelece claro limite em observância à segurança jurídica do contribuinte, de modo que se torna imperiosa a declaração de nulidade da autuação em relação aos anos de 2011 e 2012.

DOCUMENTO VALIDADO

...

Ressalte-se que a disciplina do inciso I do artigo 59 do Decreto n° 70.235/72 prevê a nulidade por vício de incompetência dos atos e termos processuais.

Nem se alegue que esse vício estaria sanado porque o contribuinte pode exercer plenamente seu direito de defesa constitucional, porque essa hipótese de nulidade visa a proteção da segurança jurídica do contribuinte e não do direito de defesa. Há na regra do art. 906 e do artigo 149 do CTN o pressuposto da existência de prejuízo na conduta de reiteração de fiscalizações. De fato, a apresentação de defesa pelo contribuinte não tem o condão de sanar tal vício de incompetência, sob pena de comprometer a finalidade da norma complementar.

Os vícios de incompetência da autoridade que realizou o lançamento foram eleitos como insanáveis pelo art. 59 do Decreto n° 70.235/72, ressalvados os casos em se comprovar vício meramente formal, o que não é o caso.

...

IV.3. Decadência

(...)

...

Tendo a dd. fiscalização reconhecido que a operação de compra e venda de ações formadora do ágio de fato ocorreu em novembro de 2001, impende, portanto, definir qual seria o termo inicial do prazo decadencial para a glosa da amortização dessa mais valia, eis que o seu aproveitamento tem o prazo máximo de dez anos para sua utilização após a incorporação da investida pela investidora (ou vice e versa) e repercute no Lucro Real de períodos posteriores.

...

IV.3.1. Decadência para desconsiderar ágio formado em 2001 e efetiva tributação do ganho de capital apurado pela OPP Química no mesmo ano

(...)

...

Destarte, o termo inicial da decadência deve ser aquele em que a Fiscalização tem o conhecimento da ocorrência do fato gerador do tributo e passa a poder agir. O lançamento fiscal é um dever da autoridade administrativa e a decadência atua quando configurada a inércia do Fisco em constituir o crédito tributário.

DOCUMENTO VALIDADO

Esse conhecimento, no caso sob exame, foi oferecido em diversas oportunidades à fiscalização: (i) pela entrega das declarações de rendimentos da OPP Química, que informou a operação ao fisco e tributou o ganho de capital correspondente; (ii) pela entrega das declarações de rendimentos da própria OPP PP; e (iii) pelas declarações de rendimentos com registro da amortização do ágio entregues pela Impugnante, na qualidade de incorporadora da OPP PP.

...

(...)

...

O ágio que a fiscalização acusa de ser artificial nada mais é do que o exato reflexo do valor efetivamente oferecido à tributação como ganho de capital pela alienante.

Desde 2001, com a prática do ato de aquisição de participação societária pela OPP PP, o Fisco tinha plena condição de analisar a regularidade do registro do ágio, sobretudo diante da efetiva tributação da operação sob a perspectiva da OPP Química na condição de alienante. Caso a Fiscalização entenda que a operação não foi corretamente computada pela OPP Química na apuração do IRPJ e da CSLL, o que se admite para fins de argumentação, logicamente deveria tributar a empresa vendedora e não a Impugnante.

Claro, portanto, o ERRO DE SUJEIÇÃO PASSIVA no lançamento que deve ser reconhecido pela douta Turma julgadora.

Mas, se a Fiscalização entender que o ganho foi adequadamente tributado pela OPP Química, é obrigada a respeitar o custo do ativo incorrido pelo adquirente (valor patrimonial e ágio). Não questionar a aquisição a valor de mercado do ativo e tributar em um futuro distante a sua realização pela adquirente.

...

(...)

...

O caso trata de autuação em razão de o contribuinte ter realizado a venda do imóvel à prazo. A fiscalização, ao apurar o ganho de capital, fracionou o fato gerador considerando que este se deu nas datas de pagamento das respectivas parcelas.

Nesse caso, decidiu-se que o recebimento de valores de forma parcelada não altera e nem fraciona a data da ocorrência do fato gerador referente ao ganho de capital. Isso porque o fato gerador teria ocorrido no momento da alienação do bem ou do direito e o pagamento do

DOCUMENTO VALIDADO

imposto é diferido para a data do recebimento e, por consequência, reconheceu-se da decadência dos créditos tributários em questão.

Verifica-se que no caso acima, em que se trata de alienação de imóvel, o fato gerador do Imposto de Renda ocorre no momento da alienação e o ganho de capital deverá ser apurado com a venda à vista. Muito embora o efeito tributário para fins de recolhimento ocorra em períodos futuros, reconheceu-se na decisão da CSRF que o fato gerador se dá no momento em que ocorre a operação de alienação e, a partir dai, conta-se o prazo decadencial.

Nota-se que, mesmo no caso de ganho de capital de pessoa física (Acórdão n.° 9202-00-809), onde vigora o regime de caixa e, portanto, mais ainda poderia fazer sentido a decadência se operar na medida em que ocorressem os eventos futuros de pagamento do preço que geram o efeito de recolhimento do tributo, decidiu a CSRF que o prazo decadencial é contado a partir da alienação, data da concretização da operação possível de gerar efeitos tributários futuros.

...

(...)

IV.3.2. Decadência para desconsiderar ágio cuja amortização se iniciou em 2008

(...)

...

No momento em que o contribuinte procede, em cada ano, à amortização do ágio a partir de 2008, não está havendo ocorrência de novos fatos relacionados à formação do ágio em si, mas somente o exercício do direito de amortizar um ativo diferido.

Nos casos em que a amortização do ágio seja efetuada após 5 anos do exercício de apuração do ágio, os agentes fiscais podem apenas questionar os critérios de utilização do ágio e não há mais a possibilidade de glosar a amortização a partir de juízos de valor relativos ao período de sua formação.

...

(...)

IV.3.3. Da inexistência de fraude no procedimento adotado pela Impugnante e a contagem do prazo pelas regras do art. 150, §4º, do CTN

(...)

...

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Regra geral, aplica-se a regra de decadência do art. 173 do CTN, inciso I, no sentido de que se extingue o direito do Fisco, de constituir o crédito tributário, no prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, porém, aplica-se a específica regra do § 4° do art. 150 do CTN, contando-se o prazo quinquenal a partir da ocorrência do fato gerador, sob pena de homologação da constituição do crédito tributário promovida pelo contribuinte, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Conforme será demonstrado ao longo desta Impugnação, não ocorreu e nem tampouco foi comprovada a suposta ocorrência de fraude, dolo e simulação no caso concreto.

Com efeito, é aplicável o art. 150, § 4.°, do CTN, estando decaído, portando, parte do crédito tributário objeto do lançamento realizado (ano-calendário de 2011).

...

IV.3.4. Antecipação do prazo de decadencial do art. 173 do CTN pela entrega da DIPJ

(...)

...

Ainda que se admita a ocorrência de fraude e simulação, há decadência porque a apresentação da declaração de rendimentos pelo contribuinte antecipa o termo inicial de contagem do prazo decadencial (ex. DIPJ), conforme prevê o parágrafo único do art. 173 do CTN.

...

No caso concreto, o suposto gerador teria ocorrido em 31/12/2011 e a DIPJ original fora apresentada em 29/06/2012 (doc. 10). Logo, mesmo se aceita a alegação de fraude (o que se admite apenas em prol da argumentação), o prazo decadencial de 5 anos teria se iniciado em 30/06/2012 e, portanto, se encerrado em 30/06/2017, período, portanto, anterior à data de lavratura do Auto de Infração.

...

IV.3.5. Aplicação do recurso repetitivo do E. STJ

(...)

...

Ainda que a entrega da DIPJ não antecipe o início da contagem da decadência, a jurisprudência do E. CARF aponta que a interpretação do art. 173 do CTN impõe o reconhecimento de que o

DOCUMENTO VALIDADO

primeiro dia do período em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador.

...

A Corte Administrativa, ao decidir conforme exposto acima, analisou exaustivamente a forma de contagem do cálculo decadencial adotada pela Corte Judicial no julgamento do Recurso Especial n.° 973.733 / SC, para concluir que a decisão tomada foi no sentido de que:

> Nos fatos geradores com aspecto temporal mensal, e nos fatos geradores instantâneos, o prazo decadencial, pela regra do artigo 173, I do CTN, no entendimento do STJ, tem como marco inicial do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao do fato imponível.

O relator do caso concluiu que o entendimento do E. STJ a ser aplicado por força do art. 62-A do RICARF vigente à época é no sentido de que, mesmo quando o fato gerador ocorre em 31 de dezembro, o prazo decadencial terá início no dia 01 de janeiro do ano seguinte, já que este representa o primeiro dia do exercício seguinte ao do fato imponível.

Na esteira do entendimento reiterado do E. Conselho de Contribuintes e da C. CSRF, bem ainda do referido entendimento do E. CARF apoiado na decisão proferida em sede de recurso repetitivo pelo E. STJ, mesmo que se admita a ocorrência de fraude na apuração dos tributos relativos ao ano-calendário 2011 e, por conseguinte, aplique-se o art. 173, inciso I do CTN, resta evidente a ocorrência da decadência e a consequente extinção do suposto crédito tributário.

...

V. MÉRITO

(...)

...

A pulverização do capital votante da COPENE, aliada à crise econômica dos anos 90, causava sérios entraves ao seu crescimento. A sobrevivência da COPENE e do pólo petroquímico de Camaçari deveu-se a essa reestruturação, que pode ser dividida nas seguintes etapas:

> Etapa 1 — Descruzamento do emaranhado de participações societárias recíprocas e aquisição do controle indireto da Copene pelos grupos Mariani e Odebrecht, através de leilão promovido pelo Banco Econômico S/A;

> Etapa 2 — Aporte dos ativos petroquímicos de segunda geração dos grupos Mariani e Odebrecht à COPENE, a valor de mercado. Apenas ao final dessa etapa, a Organização Odebrecht torna-se a maior

DOCUMENTO VALIDADO

acionista individual da COPENE, que passa a se chamar Braskem, mantidas as participações de acionistas relevantes como a Petros, Previ e Petroquisa;

> Etapa 3 — Incorporação das empresas petroquímicas pela Braskem, dentre elas a Copesul, quando o ágio fundado na sua rentabilidade futura passa a ser fiscalmente amortizado.

A autoridade fiscal capturou um movimento societário ocorrido após finalizada a etapa 1, que era preparatória à realização da etapa 2. Apegando-se formalmente ao momento do registro inicial do ágio, o Auditor Fiscal desvinculou a compra de ações da Copesul pela OPP PP de todo o contexto que o antecedeu e sucedeu, por isso concluiu equivocadamente que se tratava de ágio interno e artificial.

...

A contextualização desejada é apresentada através dos itens que seguem:

V.1. A formação do Pólo Petroquímico Brasileiro e o "Nó Societário do Pólo Petroquímico de Camaçari"

V.2. Á reestruturação do setor petroquímico - leilão dos ativos da ESAE e consolidação do controle acionário

(...)

...

Em obediência à deliberação do Conselho de Administração do dia 24/07/2001, a COPENE comprou as ações da Nova Camaçari por valor simbólico. Com o resultado das transações contratadas no âmbito do Terceiro Leilão, ocorreu também a reorganização societária de três empresas de segunda geração: Proppet, Politeno e Polialden36.

Como a Conepar detinha o controle da Polialden e uma participação relevante na Politeno e como, no caso da Proppet, os grupos Odebrecht e Mariani já detinham a totalidade do controle, efetivou-se uma reestruturação societária por meio do qual as três empresas de segunda geração foram integradas à central de matérias-primas, conforme organograma abaixo:

...

(...)

...

(...)

V.3. A integração dos ativos petroquímicos dos grupo Odebrecht e Mariani na COPENE e formação da Braskem

(...)

DOCUMENTO VALIDADO

...

Para facilitar a transferência de todos os ativos petroquímicos para a COPENE, a ODB precisou consolidar as empresas relevantes em uma cadeia vertical. Dando início a este procedimento, em 05/11/2002, a OPP PP adquiriu 3.104.531.327 ações de emissão da Copesul, correspondentes a 20,67% do seu capital social, pelo valor econômico de R$ 469 milhões.

A diferença entre o valor pago e o patrimônio líquido da Copesul, na época, de R$ 187 milhões, foi registrada a título de ágio, no valor de R$ 281 milhões, o qual foi devidamente fundamentado com base no Laudo de Fundamentação Econômico-Financeira da Copesul (fl. 7.107).

...

(...)

...

A próxima etapa no contexto da reorganização era, portanto, a transferência da OPP PP, que havia se estabelecido regularmente como a holding dos investimentos petroquímicos do grupo, para a COPENE. Com a referida transferência, a COPENE poderia então proceder com a subsequente incorporação das empresas da cadeia, bem como dos respectivos ativos industriais necessários à consolidação da cadeia produtiva em uma única estrutura corporativa.

Para avaliação dos ativos da Odebrecht que seriam aportados na COPENE, foi designado o banco Credit Lyonnais, que, na oportunidade, avaliou a OPP PP em R$ 1.448.114.623,98 (doc. 20), servindo essa avaliação como base para a relação de troca das ações da OPP PP por ações da COPENE.

No dia 16/08/2002, os acionistas da COPENE aprovaram a incorporação da OPP PP, conforme ata de Assembleia-Geral Extraordinária (AGE) anexa (fls. 474), aumentando o seu capital social em R$ 582.895.431,13, com a emissão de 1.484.955.464 novas ações. Nesta oportunidade, a COPENE também incorporou os ativos petroquímicos do grupo Mariani, que por sua vez também obteve a relação de troca das ações correspondentes à sua nova participação.

No mesmo dia, a AGE da COPENE aprovou a alteração da sua denominação social para Braskem S.A. Com o aporte da OPP PP a valor de mercado, a Organização Odebrecht acaba por adquirir o controle da COPENE/Braskem.

...

(...)

DOCUMENTO VALIDADO

...

a) Em sua essência e substância, a alienação da participação na Copesul não ocorreu entre empresas da Organização Odebrecht, mas sim entre Odebrecht e Copene, empresas com estruturas societárias distintas, o que afasta a acusação de ágio interno;

b) Essa reestruturação societária teve nítido propósito negociai e fez parte da remodelação da indústria petroquímica nacional, sendo descabido sequer aventar que a compra e venda de ações tenha sido feita com o único objetivo de criação artificial de ágio para aproveitamento fiscal, como acusou a autoridade fiscal.

c) O investimento com ágio foi, de fato, financeiramente suportado por terceiros — no caso, pela Copene.

d) O preço de aquisição foi estabelecido a valor de mercado e tem respaldo em laudo de avaliação independente.

...

(...)

V.4. A INDEPENDÊNCIA DAS PARTES ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO

(...)

V.4.1. Início do filme — a crise no setor e os acordos prévios ao leilão

(...)

...

Após duas tentativas frustradas de venda em leilão dos Ativos Nordeste Operacionais, alternativa não restou à Organização Odebrecht e ao grupo Mariani senão alterar sua posição vendedora para, ao contrário, investirem juntos no setor participando do processo de reestruturação ao lado dos demais grupos que detinham os ativos petroquímicos e ao lado de investidores importantes, como Petroquisa, Previ e Petros.

A alteração da posição da Odebrecht e Mariani de vendedores para adquirentes não seria cogitada sem que os demais acionistas da COPENE se comprometessem previamente a adquirir os ativos petroquímicos leiloados e aqueles detidos pelos grupos Odebrecht e Mariani, a fim de integrar todos os ativos na COPENE e, assim, garantir o sucesso da reestruturação do setor.

Em outras palavras, Odebrecht e Mariani somente se comprometeriam em investir ainda mais no setor petroquímico, se

DOCUMENTO VALIDADO

houvesse uma perspectiva concreta de reestruturação e consolidação das empresas do Polo Petroquímico de Camaçari na COPENE.

Do contrário, não prosseguiriam, já que, sem essas reformas estruturais, o projeto seria fadado ao insucesso. Era impossível sustentar o modelo acionário pulverizado que separava os ativos de primeira e segunda geração.

Nesse contexto, antes do terceiro leilão, esses grupos celebraram acordos prévios com os demais acionistas da COPENE. Dois memorandos de entendimentos foram celebrados pelos grupos Odebrecht e Mariani. Um com a Petroquisa e o outro com a Previ e Petros.

Nesses memorandos de entendimentos, os minoritários aprovam o modelo de integração da Copene e são estabelecidos os parâmetros para integração dos ativos petroquímicos na empresa. Fica claro que, se os grupos Odebrecht e Marini vencessem o leilão, haveria a integração, na COPENE, dos ativos petroquímicos adquiridos no leilão mais os ativos de cada um dos referidos grupos. Porém, ficou acordado que Petroquisa, Previ e Petros poderiam vetar qualquer incorporação da (ou na) COPENE que pudesse diluir as suas participações acionárias (docs. 16 e 17).

...

(...)

V.4.2. Meio do filme — o leilão da ESAE

(...)

...

Como se pode ver, o controle societário da COPENE se modifica um pouco depois do terceiro leilão, mas ainda assim permaneceu relevantemente dividido entre importantes e diversos grupos empresariais nacionais (Odebrecht, Mariani, Ultra, Suzano, Petrobrás) e internacionais (Dow), bem como entre dois dos mais importantes fundos de pensão do país (Petros e Previ). Assim, é possível afirmar que, até esse momento, não havia efetivamente um controle de quaisquer dos principais acionistas da COPENE, individualmente considerados.

É importante notar que a Organização Odebrecht (39,70 %) poderia exercer no máximo um controle compartilhado da Norquisa com o grupo Mariani (16,00%), mas jamais existiu qualquer tipo de acordo nesse sentido. Por sua vez, a Norquisa detinha 58,40 % do capital votante da COPENE, ou seja, parte relevante do capital votante da empresa pertencia a outros grupos empresariais, que compartilhavam o poder decisório com a Norquisa, inclusive com efetiva participação no Conselho de Administração da COPENE e poderes de veto garantidos nos memorandos de entendimentos prévios ao leilão.

DOCUMENTO VALIDADO

...

(...)

V.4.3. Fim do filme — A integração dos ativos petroquímicos dos grupos Odebrecht e Mariani na COPENE

(...)

...

Primeiro, a Copene, antes do leilão promovido pela ESAE, era controlada pela Norquisa, mas possuía diversos acionistas minoritários de peso, com especial destaque para a sua antiga controladora — a Petroquisa — e os fundos de pensão Petros e Previ. E a Norquisa, como já exaustivamente demonstrado, não tinha um controlador. Dela participavam diversos grupos econômicos distintos (Dow, Ultra, Suzano, Mariani, Econômico, Odebrecht) (doc. 14).

É importante destacar que as premissas para a integração dos ativos petroquímicos da Organização Odebrecht foram firmadas nesse momento, quando a sua participação no capital votante da Norquisa era de apenas 16,02%. Não há dúvidas de que a Odebrecht não exercia nenhum poder de controle, seja isoladamente, seja em conjunto com o grupo Mariani, detentor de outros 16,07% do capital votante da Norquisa.

Após o leilão, a participação da Organização Odebrecht na Norquisa é elevada a 39,7%39 (doc. 19). Individualmente, portanto, não havia controle direto na Norquisa, nem indireto na Copene. Apenas com a participação do grupo Mariani, detentor de 16,07% do capital votante da Norquisa, a aliança entre esses dois grupos permitiu o controle compartilhado e indireto da Copene.

...

(...)

...

Pois bem. A terceira parte do filme se encerra com a incorporação da OPP PP - que havia se estabelecido regularmente como a holding dos investimentos petroquímicos da Organização Odebrecht - pela COPENE, em 16/08/2002. Em razão da incorporação, a COPENE emitiu ações em favor da Organização Odebrecht e assumiu todos os ativos e passivos da OPP PP, dentre eles o ágio decorrente da aquisição de ações da Copesul.

...

(...)

...

DOCUMENTO VALIDADO

Com efeito, o grupo Mariani também aprovou a incorporação dos ativos da Organização Odebrecht à COPENE. Se o ágio fosse artificial ou fraudulento, ou não tivesse substância econômica, não só os minoritários, mas principalmente o grupo Mariani não aceitaria suportar o seu valor, o que foi feito através da aprovação da incorporação da OPP PP e avaliação a mercado de seus ativos promovida pelo Credit Lyonnais.

A aprovação pela Assembleia-Geral da COPENE, por unanimidade, da operação de incorporação, é uma prova irrefutável da lisura do ágio atrelado à rentabilidade futura da Copesul.

...

(...)

...

Como se sabe, a COPENE possui origem estatal, tendo sido criada, em 1972, para ser fornecedora de matéria-prima no Pólo de Camaçari, possuindo como única acionista a Petroquisa, subsidiária da Petrobrás. Em seguida, com o início da fase de privatização, a COPENE passou estar sujeita ao controle compartilhado de diversos grupos econômicos (Mariani, Dow, Ultra, Petroquisa, Petros, Previ, etc). Absurdo sustentar que a COPENE foi constituída para ser um braço operacional do Grupo Odebrecht!

Não houve, assim, criação de ágio artificial em operação realizada entre partes dependentes. O ágio se sustenta e convalida com a sua aceitação pela Assembleia-Geral da COPENE, empresa esta que não pode ser considerada como parte da Organização Odebrecht para este fim, em face, como demonstrado acima, da presença do outro controlador (Mariani), de minoritários com poder de veto e da baixa representatividade da Odebrecht no capital total da Copene.

...

V.5. DO EFETIVO PAGAMENTO PELA COPENE (ATUAL BRASKEM) DE ATIVO PETROQUÍMICO DA ORGANIZAÇÃO ODEBRECHT

(...)

...

Destaque-se, porém, que, apesar de não ser necessário o fluxo de dinheiro para que haja pagamento a configurar a aquisição de um bem/direito, haverá sempre um custo a ser suportado pelas partes (que poderá dar origem ao ágio previsto no inciso II do art. 385 do RIR/1999), como de fato houve no caso concreto. Todavia, não se pode confundir, como fizeram as dd. Autoridades Fiscais, "pagamento" com "custo". De fato, o raciocínio das dd. Autoridades Fiscais somente faria sentido caso a legislação tributária dissesse que "deverá, por ocasião da aquisição da

DOCUMENTO VALIDADO

participação, desdobrar o valor pago em dinheiro". Contudo, não é esta a redação do art. 20 do Decreto-Lei n.° 1.598/1977.

Em síntese, restou aqui demonstrado que, na operação de aquisição de ações da Copesul pela OPP PP, foi apurado ágio de forma legítima e em conformidade com a legislação de regência da matéria. Nada obstante, ainda que, por hipótese, a apuração desse ágio possa vir a ser desqualificada, o mesmo ágio teria sido apurado pela COPENE (naquele momento parte independente em relação à Organização Odebrecht), de forma direta quando da incorporação da OPP PP, porquanto tal operação acabou ocorrendo a valor de mercado, pela qual a COPENE adquiriu, via compra do acervo patrimonial da OPP PP, ações da Copesul em contraprestação de emissão de suas próprias ações.

...

V.6 CENÁRIO ALTERNATIVO: APORTE A MERCADO SEM REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA PREPARATÓRIA

(...)

...

Nesse exercício:

i. a OPP Química não teria vendido para a OPP PP a sua participação na Copesul;

ii. também não haveria da parte da OPP Química "direito de receber pela alienação", e que foi, na prática, transferido à ODEQUI e

iii. posteriormente à ODBINV, conforme narrado às fls. 26 do TVF; e portanto, também não existiria direito de crédito a ser capitalizado pela ODBINV em aumento do patrimônio líquido da OPP PP.

Em suma, tal cenário se propõe a reverter todos os passos narrados no item 5 do TVF48, isto é, todos os efeitos diretamente atrelados à operação de compra de ações da Copesul com ágio pela OPP PP. Neste caso, o patrimônio líquido contábil da OPP PP seria significativamente menor, pois não teria sido sensibilizado pelo registro do ágio e pelo consequente aumento de capital realizado pela ODBINV.

...

(...)

...

Mesmo se desconsiderados os efeitos da operação de compra e venda operada previamente entre a OPP e a OPP Química, não é possível escapar da premissa de que a Copesul necessariamente seria integrada à COPENE pelo seu valor de mercado, acarretando no registro por esta última de ágio em igual valor.

DOCUMENTO VALIDADO

Portanto, repita-se: a desqualificação da operação realizada especificamente pela Organização Odebrecht (embora no contexto de algo muito maior), tal como pretende a d. Autoridade Fiscal, teria tido exatamente o mesmo resultado ora contestado pelo Fisco, qual seja, a apuração de um ágio diretamente na COPENE, e não por sucessão em processo de incorporação da OPP PP.

Esta constatação também conduz à inevitável conclusão de que o lançamento ora combatido é insubsistente também pelo fato de que, uma vez adotados os seus próprios fundamentos, o resultado final obtido seria exatamente o mesmo para o contribuinte: apuração de ágio a ser amortizado!

...

V. 7. DO NÍTIDO PROPÓSITO NEGOCIAL

(..)

...

As novas ações emitidas pela COPENE a favor da Odebrecht visaram a retribuição adequada pelo valor de mercado de seus ativos petroquímicos. Tanto é assim que nem os minoritários (que são expressivos e tinham poder de veto), nem tampouco a CVM questionaram as incorporações das empresas.

...

(...)

...

Era extremamente importante que a Impugnante tivesse um patrimônio que refletisse valores condizentes com a estrutura de ativos e passivos que passaria a representar a partir da integração dos ativos petroquímicos oriundos da Organização Odebrecht, a começar pela possibilidade de renegociar suas dívidas, obter novas linhas de financiamento etc.

De fato, as instituições financeiras medem a capacidade de obter financiamentos a partir de índices financeiros robustos, medidos pelo conjunto de passivos registrados vis a vis o patrimônio que, no caso da Impugnante, seria de fundamental relevância e daí a necessidade de que a incorporação dos ativos petroquímicos refletisse o valor mais próximo possível ao de mercado.

Soma-se a isso o fato de que, nessa época, o Patrimônio Líquido da OPP PP estava negativo e não refletia o valor de mercado dos ativos que seriam aportados na Copene.

...

DOCUMENTO VALIDADO

Deveras, a operação prévia de aquisição das ações de emissão da Copesul a valor de mercado, com a subsequente capitalização do crédito da OPP Química que foi cedido para a ODBINV, serviu para viabilizar a operação pretendida e, mais que isso, correspondia à melhor prática contábil que acabou refletida na atual redação do art. 226 da Lei das SA, c/c com a Instrução CVM n.° 319, de 3 de dezembro de 1999, impondo condições equitativas entre os acionistas no caso de incorporação.

...

(...)

...

Ora, a operação seria realizada em busca de um "um único propósito de reduzir a carga tributária de empresas da Organização Odebrecht", que, por sua vez, só seria alcançado com a aquisição da participação acionária detida pelos demais acionistas de Copesul, em um lapso temporal totalmente imprevisível? Nada mais absurdo!

É importante lembrar que o controle da Copesul foi exercido pela Petroquisa até a sua privatização, ocorrida em 1992, momento em que os Grupos Odebrecht e Ipiranga adquiriram participação, em iguais proporções (cada grupo detinha 29,64% do capital social da empresa). A Petroquisa manteve relevante participação minoritária (15%).

A composição acionária da Copesul compartilhada entre os referidos grupos foi mantida até o final de 2007, quando foram realizadas as operações societárias prévias à incorporação dos ativos petroquímicos da Ipiranga pela Braskem.

Ora, sem ao menos a anuência do grupo Ipiranga, o Grupo Odebrecht, assim como a Copene (quando da incorporação da OPP PP), sequer poderiam antever se a amortização fiscal do ágio seria, algum dia, realizada. A Copesul apenas foi aportada na Braskem no ano de 2008, o que poderia não ter ocorrido, caso houvesse divergência de interesses entre os grupos econômicos naquele momento.

...

(...)

...

Não se pode sustentar que uma operação societária realizada em 2001, por empresas do Grupo Odebrecht, teria como objetivo a incerta redução da carga tributária — tanto que só ocorreu seis anos depois!

Conclui-se, assim, ser despropositada a afirmação do d. Auditor Fiscal no sentido de que o ágio deve ser desconsiderado por ter

DOCUMENTO VALIDADO

decorrido de uma reestruturação societária supostamente engendrada dentro de um grupo econômico e sem influências de terceiros, com objetivo exclusivo de redução da carga tributária.

...

VI. DO DIREITO À DEDUTIBILIDADE FISCAL DO ÁGIO INTERNO

(...)

...

De acordo com a redação dos arts. 385 e 386 do RIR11999 (reproduzindo os arts. 7.0 e 8.° da Lei n.° 9.532/1997), não há qualquer restrição posta para a amortização de ágio reconhecido em operações envolvendo partes relacionadas. Muito pelo contrário, essas normas são claramente aplicáveis a todas as situações que importam na aquisição de participação societária com ágio.

...

O direito tributário não veda a utilização do ágio interno, o que se verifica, contudo, é a sua não aceitação pela contabilidade, o que não é o cerne da presente discussão.

...

(...)

...

Foi a referida MP n.° 627/2013 que trouxe, pela primeira vez, a restrição ao ágio interno, conforme se observa do seu art. 21. Essa norma foi mantida no processo de conversão na Lei n.° 12.973/2014, tendo sido contemplada no art. 22:

(...)

Conclui afirmando que a Lei inovou, ao incluir o termo "partes não dependentes", o que não constava em qualquer norma legal tributária anterior.

VII. DA DEDUTIBILIDADE PARA FINS DE CSLL

(...)

...

Ora, o fato de se aplicarem as "mesmas normas de apuração e de pagamento" estabelecidas para fins de IRPJ, não significa, em absoluto, que a CSLL possui a mesma base tributável que o IRPJ. São conceitos relevantemente diferentes e que devem ser devidamente observados para afastar pretensão tributária ilegal.

DOCUMENTO VALIDADO

Não é por outro motivo que, embora as "normas de apuração e de pagamento" sejam as mesmas para os dois tributos, existem diversos outros diplomas normativos que regulamentam, especificamente, a base tributável da CSLL, diferenciando-a, portanto, da base tributável do IRPJ.

...

Verifica-se, primeiramente, que ao contrário da pretensão dos dd. Fiscais Autuantes, a base de cálculo da CSLL, no que se refere especificamente às deduções, obedece suas próprias regras, contidas, por exemplo, no art. 2.° da Lei n.° 7.689/1988 e no art. 13 da Lei n° 9.249/1995. Não fosse assim, não seriam necessários os referidos artigos, que claramente destacam regras aplicáveis apenas para a CSLL.

Ademais, importa notar que nenhum dos incisos do supratranscrito art. 13 da Lei n.° 9.249/1995 prevê a indedutibilidade de despesas com amortização de ágio ou de despesas financeiras com debêntures. Ao contrário, a regra para averiguar a dedutibilidade de tais despesas está apenas prevista na legislação aplicável ao IRPJ, notadamente nos arts. 299, 385 e 386 do RIR/1999.

...

(...)

IX. DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO

(...)

...

Com base no art. 129 do CTN, a Impugnante não poderia arcar com as penalidades aplicadas porque as operações supostamente ilícitas foram praticadas antes da incorporação e por terceiros que, na época, não possuíam nenhuma relação de controle sobre a Impugnante.

Como visto ao longo desta impugnação, a Impugnante incorporou a OPP PP, sucedendo nos seus direitos e obrigações, em 16/08/2002, em momento posterior, portanto, à data em que foram praticados o atos que os dd. Auditores Fiscais reputam como uma infração passível de penalidade.

...

(...)

...

Por sua vez, o art. 132 do CTN dispõe que a pessoa jurídica que incorporar outra é responsável pelos tributos devidos até à data da incorporação. Dado o princípio geral do direito de que a lei não possui palavras inócuas, é inadiável a conclusão de que as penalidades decorrente

DOCUMENTO VALIDADO

Original

de infrações cometidas antes da incorporação não são sucedidas pela incorporadora, se já não estivessem constituídas ou estivessem em curso de constituição na data da incorporação.

...

(...)

...

A jurisprudência judicial citada pelas autoridades julgadoras de primeira instância em sua decisão se referem às hipóteses em que o passivo tributário está registrado no balanço da sucedida e a sucessora tem pleno conhecimento dos débitos antes mesmo da aquisição e provavelmente já considerou esse valores no seu preço de aquisição. Nessa situação, o STJ entende que a sucessora responde pelo débito anterior. Nada mais acertado.

No caso dos autos, ao revés, esse passivo tributário não estava reconhecido e contabilizado na sucedida.

Além disso, restou comprovado que a Impugnante e a OPP PP não possuíam controle comum. A OPP PP era controlada pela Organização Odebrecht e a Impugnante, por sua vez, possuía seu capital votante pulverizado em diversos acionistas. O controle da Impugnante, na época da prática dos atos inquinados de ilegais, somente podia ser exercido em blocos de acionistas.

Observe-se, conforme já demonstrado anteriormente, a composição do capital votante da Impugnante à época (doc. 19):

Acionista	Participação (Capital Votante)
Petros	5,70 %
Previ	5,80 %
Norquisa	58,40 %
Petroquisa	15,40 %
Outros	14,70 %

A participação no capital votante da Norquisa, por sua vez, era a seguinte (doc. 19):

Acionista	Participação (Capital Votante)
Organização Odebrecht	39,70 %
Grupo Mariani	16,00 %
Oxiteno (Ultra)	10,40 %
Polipar (Suzano)	8,90 %
Politeno (Conepar/Suzano)	12,50 %
EDN (Dow)	12,50 %

Completamente improcedente, portanto, a cobrança de penalidade da Impugnante, em razão de atos e fatos ocorridos antes da incorporação, praticados pela sua sucedida e cujo controle societário não era comum ao da Impugnante.

DOCUMENTO VALIDADO

...

X. DA INAPLICABILIDADE DA MULTA QUALIFICADA

(...)

...

O d. Auditor Fiscal, de forma evasiva, afirma que as "condutas supracitadas do contribuinte tiveram a finalidade de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador "63acontecimento que impõe a qualificação da multa por prática de sonegação.

Contudo, da análise atenta da acusação fiscal, não é possível identificar de que modo a Impugnante impediu ou retardou o conhecimento por parte da autoridade fiscal do fato gerador.

...

(...)

...

O laudo de avaliação econômico-financeira desse investimento foi elaborado de acordo com o método do fluxo de caixa descontado, por empresa terceirizada, com data-base 31 de outubro de 2001.

Considerando o investimento objeto da avaliação e o lapso temporal para elaboração de laudo nos moldes realizados, não seria sequer razoável sustentar que a "contratação" do laudo de avaliação teria sido intempestiva, pois, por óbvio, que a sua contratação não ocorreu quinze dias depois da realização da operação societária, mas sim a sua simples assinatura, o que, diga-se de passagem, em nada fragiliza a validade do laudo como documento apto a respaldar o valor econômico do investimento, como bem compreendeu a Autoridade Fiscal.

...

Contudo, como já mencionado, as supostas condutas praticas pelas empresas não são sequer mencionadas, quiçá comprovadas. Se não for caracterizada a existência de falsidade nas causas dos negócios jurídicos, cuja forma e finalidade estão coerentes com os efeitos desejados, e sem a caracterização de estrutura de enganos, não há que se falar em fraude ou simulação. Essa conclusão só é possível a partir da análise de toda a reorganização e não de cada negócio jurídico isolado. Cabe à fiscalização apontar claramente o negócio jurídico dissimulado que estaria oculto pela aparência enganosa, o que não foi feito nessa autuação.

...

DOCUMENTO VALIDADO

Para validar a aplicação da multa de 150 % neste como em qualquer outro caso, deve a d. Autoridade Fiscalizadora subsumir os fatos verificados no mundo real às condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, a teor do art. 44, § 1°, da Lei n. 9.430/96. Não havendo subsunção dos fatos à norma, ilegal será a aplicação da referida multa.

...

(...)

X.1. Não havia vedação legal para o ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico

(...)

X.2. Tipicidade cerrada e da necessidade de comprovação do ato fraudulento

(...)

...

Sendo certo que não há nos autos prova a fundamentar a afirmação acima transcrita, verifica que a d. Autoridade Fiscal valeu-se de mera presunção para determinar a ocorrência de fraude nos presentes autos, o que, desnecessário dizer, não pode jamais legitimar a aplicação da multa qualificada.

A prova da ocorrência de dolo não pode jamais pautar-se em mera presunção subjetiva, mediante a simples e infundada alegação do suposto conhecimento do contribuinte quanto à alegada ilicitude de seus atos. Deveria o fisco ter comprovado, mediante provas efetivas, a conduta dolosa imputada à Impugnante, o que, repita-se, não foi feito no presente caso.

...

Sobre esse assunto, o CARF possuí entendimento no sentido de que a aplicação da multa qualificada depende da prova inequívoca da existência de evidente intuito de fraude nos atos do contribuinte. E não só a fraude civil, que corresponde ao ato contrário à lei, refletindo questão de qualificação jurídica, mas exige-se, sim, a configuração de fraude penal, que demanda a comprovação de sonegação e condutas típicas do direito penal, também caracterizadas como crimes contra a ordem tributária — o que, repita-se, efetivamente não ocorreu no caso em tela, seja em razão da inexistência de tais provas, seja em razão da clara inexistência de fraude e sonegação, muito mesmo de conluio entre empresas do grupo. O resumo desse entendimento pode ser compreendido a partir da análise das ementas abaixo transcritas.

...

DOCUMENTO VALIDADO

(...)

X.3. Interpretação mais favorável (art. 112 do CTN) e da presunção de boa-fé

(...) "ainda que esse órgão julgador tenha alguma dúvida a respeito da existência, ou não, de dolo, intuito de fraude e/ou simulação, o que não se espera em face das inequívocas razões já apresentadas, deve socorrer-se da norma contida no art. 112 do CTN, para aplicar a interpretação mais favorável à Impugnante e, portanto, presumir a sua boa-fé".

XI. DA INAPLICABILIDADE DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

(...)

...

A análise da legislação aplicável e da pacificada jurisprudência administrativa acima expostas demonstra, portanto, que o procedimento costumeiramente adotado pelo Fisco de calcular juros sobre a multa de oficio carece de fundamentação legal.

O procedimento adotado pelo Fisco somente seria válido nos casos em que a multa aplicada pelas autoridades fiscais correspondesse ao valor principal do débito fiscal, como, por exemplo, na hipótese de autuação do contribuinte por descumprimento da legislação fiscal (obrigação acessória) e aplicação da multa administrativa.

...

(...)

3) Impugnação - Responsabilidade Tributária.

O Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho, CPF 030.495.905-72, responsabilizado tributariamente, apresentou impugnação tempestiva, fls. 14.654 a 14.684, em 28/08/2017.

Apresenta, através do item 3 da impugnação, os pontos cruciais de sua defesa, com o fim, conforme esclarece, de facilidade de compreensão.

3.1 - Limites à responsabilização do administrador

Neste item, alega não ter o autuante descrito de forma individualizada os fatos praticados, que caracterizariam a conduta que motivariam seu enquadramento nas situações previstas no art. 135 do CTN.

3.2 - Inexistência de atos de gestão do Impugnante na amortização do ágio

DOCUMENTO VALIDADO

Questiona aqui, a sua escolha como responsável tributário, sem qualquer critério aparente, entre os onze membros do Conselho de Administração da Braskem.

Descreve a atuação de diversos órgãos de administração da empresa, no que se refere à aferição do IRPJ, deixando claro que o Conselho de Administração não atua diretamente nesta seara, cabendo a este, decidir sobre os assuntos caros às políticas e diretrizes gerais da companhia, mas jamais recorrendo às minúcias da determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

3.3 - Inexistência de atos de gestão do Impugnante na formação do ágio

Afirma não ter tido qualquer ingerência no processo decisório de formação do ágio em 2001:

...

> O Impugnante não teve qualquer ingerência no processo decisório de formação do ágio em 2001. Isso se comprova por suas condições de saúde à época (recém submetido à operação no coração), pelo curto espaço de tempo de 3 meses em que permaneceu formalmente nos quadros da OPP PP (e neste tempo, na prática, afastado do cargo executivo e com processo de sucessão já definido), e, sobretudo, pelo fato de que não assinou o contrato de compra de ações da Copesul.
>
> O ágio ora glosado surge da aquisição pela OPP PP de apenas 20,67% do capital da Copesul. A sua amortização fiscal ainda dependeria de dois fatores cruciais e imprevisíveis quando da aquisição em 2001: i) aquisição de 100% das ações da Copesul; e ii) incorporação do investimento, sendo que em nenhum desses momentos houve participação e nem presença do Impugnante.
>
> ...
>
> **3.4 - Homologação Expressa do Lançamento pelas fiscalizações em 2012 e 2014**

Entende que os procedimentos fiscais, abertos pela RFB em 2012 e 2014, comprovam a licitude da amortização do ágio, uma vez que foram encerrados sem qualquer autuação em relação aos fatos questionados.

3.5 - Dedutibilidade do ágio foi vedada pela lei apenas em 2014 e era aceita por boa parte da jurisprudência nos anos de 2001 a 2013

Afirma que antes de 2014 não havia qualquer vedação quanto à amortização do ágio formado entre partes relacionadas, vedação esta que veio a surgir somente com a edição da Lei 12.973/2014.

3.6 - Conduta esperada do Administrador

DOCUMENTO VALIDADO

Explica que, não havendo restrição legal à amortização do ágio, sendo a conduta admitida pela maior parte da jurisprudência, haveria dificuldade do administrador em demonstrar aos acionistas o motivo do não aproveitamento dessa possibilidade, o que poderia ser enxergado até como desídia.

Assim, entende ser impossível falar em responsabilização do Impugnante por excesso de poderes, ou por infração ao estatuto social ou à lei.

4 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE ADMINISTRADORES

Faz nesse item, uma análise pormenorizada sobre a responsabilidade tributária de administradores, apresentando a legislação correlata, assim como entendimentos jurisprudenciais para reforçar sua alegação de que teria sido indevida sua responsabilização.

Alega que deveria o Fisco ter promovido uma descrição individualizada dos fatos praticados pelo administrador e a caracterização de que a conduta deste extrapolou suas atribuições dentro da empresa:

(...)

5 - AUSÊNCIA DE ATOS DE GESTÃO QUE JUSTIFIQUE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Esclarece que como membro do Conselho de Administração da Braskem, o impugnante jamais poderia ter tido ingerência na amortização do ágio, por tal atividade ser estranha às atividades do conselho.

5.1 - Inexistência de atos de gestão do Impugnante na amortização do ágio

Com base no art. 135 do CTN, entende que os atos que poderiam gerar a responsabilização do administrador, devem estar relacionados ao surgimento da obrigação tributária da pessoa jurídica:

...

> Mesmo que se admita que o Impugnante teve participação no ato de aquisição em 2001, o que se refuta veementemente, esse ato isoladamente não seria suficiente para a ocorrência de um fato gerador da obrigação tributária. Apenas a partir de 2008, com a incorporação da Copesul e o início da amortização fiscal do ágio, surgiriam efeitos no resultado fiscal. LOGO O FOCO DA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA DE ADMINISTRADORES DEVER-SE-IA CONCENTRAR NOS ANOS DE 2011 A 2013, TEMPO EM QUE O IMPUGNANTE ESTAVA DISTANTE DO DIA-A-DIA DA EMPRESA.
>
> ...
>
> A aferição e recolhimento do IRPJ e da CSLL é atividade rotineira da empresa, executada vários níveis abaixo do Conselho de Administração. Os tributos são apurados pelos analistas do departamento

DOCUMENTO VALIDADO

> tributário e financeiro da companhia, estando sujeitos à revisão do coordenador da área. Os ternas de maior complexidade são então compartilhados com o gerente encarregado. Os assuntos ainda mais sensíveis são dirigidos primeiro ao Diretor de Controladoria e depois ao Diretor Financeiro. Especificamente em matéria tributária, apenas as questões estratégicas são submetidas ao Conselho Fiscal, do qual o Impugnante não fazia parte. Por fim, somente cabe ao Conselho de Administração decidir sobre os assuntos caros às políticas e diretrizes gerais da companhia, mas jamais recorrendo às minúcias da determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.
>
> ...

Por fazer parte do Conselho de Administração, que é um órgão colegiado, composto por 11 membros eleitos ou designados, que conjuntamente supervisionam as atividades da organização e cujas decisões são tomadas por maioria, o impugnante esclarece que jamais seria capaz de, sozinho, "concluir o fantasioso "plano" esboçado pela autuação". Alega ainda, não possuir sequer os conhecimentos necessários na área tributária, "sobretudo matérias de alto grau de sofisticação, como as que circundam a formação e aproveitamento fiscal de ágio".

Afirma ainda, apresentando farta excertos de decisões administrativas, que à época da formação do ágio, a jurisprudência do tribunal administrativo não sinalizava risco com o aproveitamento fiscal do ágio interno.

(...)

5.2 - Inexistência de atos de gestão do Impugnante na formação do ágio

Alega não ter tido qualquer ingerência na decisão de amortização do ágio, não tendo participado também do processo de aquisição de ações da Copesul com ágio em 2001.

Por razões de saúde, o impugnante foi internado em 19 de agosto de 2001 no Hospital do Coração em São Paulo, ficando assim, distanciado das tomadas de decisões da companhia. Destaca que sua assinatura, devido aos motivos citados, não consta sequer no "Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações (Doc. 03) firmado entre a OPP Centrais e a OPP Química para aquisição com ágio de participação na Copesul", continuando:

(...)

> **6 - EVIDENCIA DE LICITUDE DA CONDUTA - HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO LANÇAMENTO PELAS FISCALIZAÇÕES EM 2012 E 2014**

Expressa aqui o entendimento de que, a própria RFB já havia analisado a questão da formação do ágio, por mais de uma vez, sem qualquer manifestação contrária:

(...)

DOCUMENTO VALIDADO

Original

7 - EVIDENCIA DA LICITUDE DA CONDUTA DO IMPUGNANTE DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO FOI VEDADA PELA LEI EM 2014 E ERA ACEITA POR BOA PARTE DA JURISPRUDÊNCIA NOS ANOS DE 2011 A 2013

Repete algumas questões já levantadas na impugnação, no que se refere ao aproveitamento do ágio e alega a inexistência de restrições postas "para a amortização de ágio reconhecido em operações envolvendo partes relacionadas". Os arts. 385 e 386 do RIR/1999 trazem normas que, em seu entendimento, "são claramente aplicáveis a todas as situações que importam na aquisição de participação societária com ágio".

Afirma que à época da formação do ágio, não havia entendimento que impedisse seu aproveitamento, e pelo contrário, "a forma de reflexão dos resultados dos investimentos intragrupo sempre foi via equivalência patrimonial, a não ser quando expressamente determinada a consolidação dos balanços", trazendo entendimento doutrinário sobre a questão:

(...)

Lembra que foi a MP n.° 627/2013, em seu art. 21, que trouxe, pela primeira vez, a restrição ao aproveitamento tributário do ágio interno. Continua com suas alegações, elencando as Leis 12.972 e 12.973, ambas de 2014:

(...)

Assim, ficaria demonstrado que, antes do advento da Lei n° 12.973/2014, não havia vedação legal para o reconhecimento de ágio em operações de aquisição em um grupo econômico. A vedação surgiu apenas através dessa recente inovação legislativa, lembrando:

(...)

Ao final, tenta rebater a idéia de que a Lei 11.638/2007 já teria indicado uma alteração na legislação tributária, impedindo o reconhecimento de ágio em operações entre partes relacionadas, alegando que, no caso concreto, o registro do ágio e as incorporações que permitiram sua amortização fiscal ocorreram muito antes desse advento e os normativos da CVM editados com base na Lei nº 11.638/2007, inclusive o normativo invocado pelo Fisco, não se aplicam ao caso em tela. (os grifos não são, necessariamente, do original)

Em sessão de julgamento realizada em 29/03/2018, a DRJ em Campo Grande/MS prolatou o acórdão nº 04-45.489 (fls. 14.743 e ss), pelo qual as impugnações foram declaradas improcedentes. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2013

Ementa:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DECADÊNCIA. ART. 173 DO CTN. FATO EXTINTIVO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários, referentes a glosa do aproveitamento de ágio, a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a argüição de nulidade do feito.

REEXAME DA AÇÃO FISCAL.

Em relação ao mesmo exercício é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

O ágio somente pode ser admitido quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, condição necessária à formação de um preço justo. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil, configurando geração artificial de resultado cujo registro contábil é inadmissível. Nessas situações, a despesa com a amortização do ágio é indedutível.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

A constatação de evidente intuito de fraudar o Fisco, pela intencional prática de atos simulados, enseja a qualificação da multa de ofício.

JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária, incluindo a multa de oficio proporcional, sobre o qual deve incidir juros à taxa Selic.

RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Diante de evidências que comprovem que as ações dos membros da diretoria e do conselho de administração foram determinantes para o cometimento dos atos ilícitos, dos quais resultaram os fatos geradores da obrigação

DOCUMENTO VALIDADO

tributária, nos termos do inciso III do artigo 135 do CTN, é legítima suas inclusões, na condição de sujeito passivo responsável.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2013

Ementa:

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Ciente da decisão de primeiro grau em 02/04/2018 (fls. 14.835), a recorrente interpôs, no dia 27 do mesmo mês (fls. 14.836), o recurso voluntário de fls. 14.883 e ss. De fora a parte os protestos contra supostas omissões da decisão recorrida, deduziu alegações similares àquelas já contidas na impugnação. Seus argumentos podem ser sintetizados conforme o seguinte:

- *"a Delegacia* [de Julgamento] *se omitiu em examinar importantes argumentos jurídicos e fáticos trazidos em sua impugnação. E o pouco que se enfrentou foi rebatido com a reprodução dos mesmos argumentos lançados na acusação fiscal por meio do TVF"*, precisamente quanto ao seguinte: (i) extinção do crédito tributário; (ii) dedutibilidade fiscal do ágio; (iii) dedutibilidade para fins de CSLL; (iv) multa qualificada; (v) sucessão das penalidades; e (vi) juros sobre multa de ofício;
- *"Nulidade do lançamento por vício de incompetência dos agentes fiscais"*;
- *"Não está presente a 'ratio puniende' da jurisprudência que requalifica ágios formados intragrupo, denominados de 'ágio interno'"*;
- *"Operação geradora do ágio em 2001, mais de 15 anos antes do Auto de Infração";*
- *"A reavaliação dos ativos pela OPP Química gerou ganho de capital em operação anterior ao registro do ágio e que foi tributado por sujeito passivo distinto da Recorrente"*;
- *"A operação formadora do ágio foi conduzida entre partes independentes"*;
- *"O valor da transação foi formado em ambiente de mercado e entre partes independentes"*;
- *"Houve pagamento do ágio evidenciado por transferências patrimoniais"*;
- *"Ágio seria o mesmo caso a Recorrente adquirisse diretamente da OPP Química a participacão na Copesul"*;

DOCUMENTO VALIDADO

- *"Para verificar a validade da operação, deve-se examinar todo o filme, e não apenas isolar uma fotografia para tributar uma parte da transação"*;
- *"Não houve dolo na conduta adotada pela Recorrente"*;
- *"Não houve sonegação, fraude ou conluio a justificar a qualificação da multa";*
- *"Homologação expressa do lançamento em face de fiscalizações abertas em 2012 e em 2014"*;
- *"Nulidade do lançamento por vício de incompetência dos agentes fiscais"*;
- *"Decadência para desconsiderar ágio formado em 2001 e efetiva tributação do ganho de capital apurado pela OPP Química no mesmo ano"*;
- *"Decadência para desconsiderar ágio cuja amortização se iniciou em 2008";*
- *"Da inexistência de fraude no procedimento adotado pela Recorrente e a contagem do prazo pelas regras do art. 150, 4º, do CTN";*
- *"Antecipação do prazo de decadencial do art. 173 do CTN pela entrega da DIPJ";*
- *"Aplicação do recurso repetitivo do E. STJ";*
- *"A formação do Polo Petroquímico Brasileiro e o 'Nó Societário do Polo Petroquímico de Camacari'";*
- *"A reestruturação do setor petroquímico - leilão dos ativos da ESAE e consolidação do controle acionário";*
- *"A integração dos ativos petroquímicos dos grupo Odebrecht e Máriani na COPENE e formação da Braskem";*
- *"A independência das partes envolvidas na operação";*
- *"Efetivo pagamento pela Copene (atual Braskem) de ativo petroquímico da organização Odebrecht"*;
- *"Nítido propósito negocial"*;
- *"Direito à dedutibilidade fiscal do ágio interno";*
- *"Dedutibilidade para fins de CSLL";*
- *"Ausência de responsabilidade por sucessão";*
- *"Inaplicabilidade da multa qualificada";*
- *"Inaplicabilidade de juros sobre multa de ofício".*

Ciente da decisão de primeiro grau em 02/05/2018 (fls. 15.010), o responsável solidário interpôs, no dia 11 do mesmo mês (fls. 15.012), o recurso voluntário de fls. 15.015 e ss. De fora a parte os protestos contra supostas omissões da decisão recorrida, deduziu alegações

DOCUMENTO VALIDADO

similares àquelas já contidas na impugnação. Seus argumentos podem ser sintetizados conforme o seguinte:

- *"A Delegacia* [de Julgamento] *examinou superficialmente a impugnação. E o pouco que se enfrentou foi rebatido com a reprodução dos mesmos argumentos lançados na acusação fiscal por meio do TVF"*; precisamente quanto ao seguinte: (i) limites à responsabilização de administrador; (ii) inexistência de atos de gestão do recorrente na amortização do ágio; (iii) homologação expressa do lançamento pelas fiscalizações de 2012 e 2014; (iv) dedutibilidade do ágio ter sido vedada apenas em 2014; (v) conduta esperada do administrador.
- *"Limites a responsabilização de administrador"*;
- *"Inexistência de atos de gestão do Recorrente na amortização fiscal do ágio"*;
- *"Homologação Expressa do Lançamento pelas fiscalizações em 2012 e 2014";*
- *"Dedutibilidade do ágio foi vedada pela lei apenas em 2014 e era aceita por boa parte da jurisprudência nos anos de 2001 a 2013"*;
- *"Conduta esperada do Administrador"*;
- *"Improcedência da acusação de responsabilidade tributária"*;
- *"Ausência de atos de gestão que justifique a responsabilidade tributária"*;
- *"Evidencia de licitude da conduta – fiscalizações anteriores em 2012 e 2014 sem exigencia fiscal"*;
- *"Evidencia da licitude da conduta do recorrente - dedutibilidade do ágio foi vedada pela lei 12.973/14 em 2014 e era aceita por boa parte da jurisprudência nos anos de 2011 a 2013"*.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, Relator.

Os recursos voluntários são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade. Logo, deles conheço.

Em síntese do relatado, a imputação fiscal diz respeito (i) à amortização de ágio supostamente gerado dentro do mesmo grupo econômico – ágio interno –; (ii) sem a ocorrência do efetivo pagamento, e (iii) carente de fundamento econômico.

DOCUMENTO VALIDADO

Consoante a acusação fiscal, a operação teria sido perpetrada unicamente para fins de vantagem tributária.

A multa de ofício foi qualificada, sob o entendimento de ter ocorrido sonegação, fraude e conluio.

Houve imputação de responsabilidade solidária a um dos membros do Conselho de Administração, doravante referido como ÁLVARO.

Das nulidades

A recorrente aduz ser nulo o lançamento, *"por incompetência dos agentes fiscais"*, tanto quanto seria nula a decisão, por ter se omitido em *"examinar importantes argumentos jurídicos e fáticos trazidos em sua impugnação"*.

Sobre o lançamento, a recorrente informa, citando os respectivos mandados de procedimento fiscal (MPF), que sofreu procedimento fiscal sobre a mesma matéria – com referência aos anos-calendário 2011 e 2012 – nos anos de 2012 e 2014. De tal modo, afirma que houve inobservância do teor do art. 906 do RIR/99 (então vigente à época dos fatos) e da sua correspondente matriz legal (art. 7º, § 2º, da Lei nº 2.354/54). Eis o dispositivo:

> Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

Quanto ao tema, irretocável a decisão recorrida. A autoridade julgadora compulsou os autos afetos aos procedimentos fiscais anteriores e demonstrou que: (i) a auditoria conduzida em 2012 versou sobre ágio interno, porém relativamente aos anos-calendário 2008 e 2009 (parte); (ii) o lançamento realizado em 2014, também sobre ágio interno, alcançou os anos 2009 (parte), 2010 e 2011; e (iii) a ação fiscal de que trata o presente processo contou com a autorização requerida pelo artigo 906 do RIR/99.

Assim, como se observa, não é verdade que o ágio amortizado em 2011 e 2012 já tenha sido alvo de duas persecuções tributárias – uma em 2012 e outra em 2014. Apenas o ano-calendário 2011 foi fiscalizado acerca da matéria e isso ocorreu uma única vez. E para o segundo exame, ora em debate, houve autorização expressa da autoridade competente, inserta nos autos às fls. 459, com o "Concordo" aposto logo abaixo do seguinte trecho:

> Visando reexaminar o mesmo período fiscalizado no TDPF nº 05.0.01.00-2016-00421-3 referente ao contribuinte acima identificado, SOLICITO AUTORIZAÇÂO do senhor Superintendente da Receita Federal do Brasil na 5ª Região Fiscal, nos termos do art. 7º, § 8º da Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014 e alterações posteriores, para um novo exame do ano-calendário 2011, referente aos tributos IRPJ e CSLL.

A autoridade julgadora de piso, na compulsão das auditorias anteriores não apontou o ano-calendário 2012 como alvo anterior. Mas, a recorrente trouxe imagem daquilo que

DOCUMENTO VALIDADO

pode ser uma parte de um auto de infração abarcando tal ano. Porém, ainda que seja esse o caso, às fls. 458 consta autorização também para esse período, em redação similar à transcrita acima.

Assim, não cabe falar em incompetência das autoridades autuantes, gozando o lançamento de plena higidez frente ao art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 (*"Art. 59. São nulos: (...) II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."*).

O presente tema se conecta com a defesa pela *"homologação expressa do lançamento em face de fiscalizações abertas em 2012 e em 2014"*. Isso porque, como visto acima, na coincidência parcial – e regularmente autorizada – de reexame de período fiscalizado não houve mudança de critério jurídico (CTN, art. 146), tendo sido detectada infração do sujeito passivo na matéria tanto no primeiro procedimento fiscal quanto naquele encartado no p.p.

Logo, tivesse o primeiro procedimento o condão de *"homologar"* algo, não seria a regularidade da amortização promovida pelo sujeito passivo, mas justamente sua caracterização como infração tributária.

Quanto às supostas omissões na decisão recorrida, acaso ocorrentes, o efeito de tal fenômeno nesta etapa processual será tão somente a nulidade formal do ato, condicionada à existência de inequívoco óbice à defesa, requisito essencial para o não aproveitamento de uma decisão recorrida.

Tampouco assim não fora, nos pontos elencados pela defesa, o que se observa é que todas as matérias foram apreciadas pela autoridade julgadora de piso, ainda que não tenha ocorrido a análise de cada alegação de per si.

Como bem e há muito já assentou o STF (AI 748.648), *"o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal não determina que o órgão judicante se manifeste sobre todos os argumentos da defesa, mas, sim, que ele apresente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento"*.

Sendo certo que o citado artigo 93, inciso IX, da CF é o filtro constitucional pelo qual deve passar o artigo 489, § 1º, do CPC, o que se conclui é que cabe ao julgador peculiarizar o caso e a respectiva fundamentação, diante das especificidades que lhe são apresentadas, pelas partes, para o proferimento da decisão. E isso é, sobremaneira, diferente de, pelas partes, ser conduzido, ao ponto de arvorar-se em reagir, pontualmente, argumento a argumento, como desejou que fosse a recorrente.

Ao julgador incumbe decidir, de modo suficientemente fundamentado, o caso que lhe é apresentado, com plena observância do ordenamento jurídico e dos precedentes jurisprudenciais que o vincule, sendo estas as balizar entre as quais conforma o seu livre convencimento motivado (Decreto nº 70.235/72, artigo 29). E foi exatamente isso que aconteceu no caso em tela.

De tal modo, improcedente o pedido de nulidade da decisão recorrida.

DOCUMENTO VALIDADO

Das decadências

A recorrente argui a decadência: (i) para desconsiderar o ágio formado em 2001; (ii) para desconsiderar o ágio cuja amortização começou em 2008; e (iii) para efetuar o lançamento em discussão, considerando a contagem do prazo informada pelo artigo 150, § 4º, do CTN, já que não é o caso de fraude ou dolo.

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

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

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

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

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

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

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

Assim, versasse o lançamento presente sobre glosa operada sobre amortização promovida em 2008, estaria correta a defesa em arguir a segunda modalidade de decadência referida na abertura deste capítulo.

DOCUMENTO VALIDADO

Mas o objeto da glosa foi a dedução de despesas com amortização do ágio realizadas em 2011, 2012 e 2013. Como a interessada adotou como forma de tributação o lucro real anual, metodologia em que o fato gerador do IRPJ e da CSLL é considerado ocorrido em 31 de dezembro do ano de referência – nos termos dos artigos 2º, §3º, e 28 da Lei nº 9.430/96 –, há que se considerar que os fatos geradores dos referidos tributos ocorreram em 31/12/2011, 31/12/2012 e 31/12/2013, respectivamente.

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

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

A exigência fiscal foi, por conseguinte, formulada sob a regra do artigo 173, inciso I, do CTN. Com base em tal dispositivo, bem assim a interpretação que lhe confere a súmula nº 101 deste Tribunal administrativo, o prazo decadencial para o período mais remoto passou a ser 31/12/2017. Como a ciência do lançamento se deu em 28/07/2017 (fls. 13.729), para a Fazenda, o resultado do procedimento fiscal goza de plena regularidade.

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

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

Do mérito

Pelo que consta dos autos, a recorrente (atual BRASKEM, antes COPENE) iniciou a amortização do ágio ora em discussão após a incorporação da Ipiranga Petroquímica S/A (doravante IPQ), ocorrida em 30 de setembro de 2008, que, por seu turno, possuía participação na Copesul – CIA Petroquímica do Sul (COPESUL), adquirida em 11 de setembro de 2008.

Antes, em 05 de novembro de 2001, a COPESUL foi adquirida pela OPP Produtos Petroquímicos S/A (OPP PP) junto à OPP Química S/A (OPP Química), com a geração do chamado *"ágio interno"*. Nesse sentido, anotou a autoridade autuante no TVF:

> A despeito da inobservância de qualquer citação acerca da alienação nas Atas de Assembleia Ordinária e Extraordinária, aduz-se que houve a aquisição de ações mencionada, com expressivo ágio interno, realizada pela OPP PP junto a OPP Química.

Para demonstrar a *"relação de interdependência entre os partícipes da aquisição de ações da Copesul"*, a autoridade fiscal anotou que:

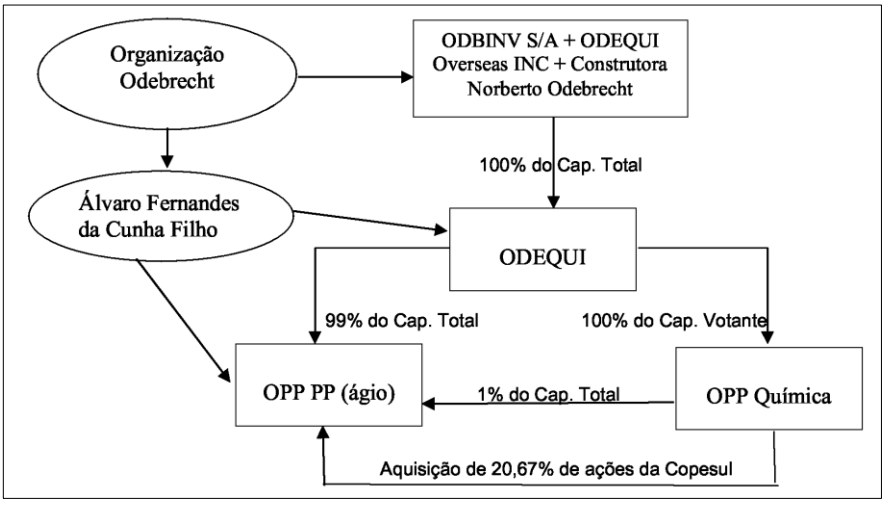
DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

- Em 09 de abril de 2001, foi constituída a Neápolis Comercial Ltda (NEÁPOLIS) – posteriormente denominada OPP PP –, com capital social de R$ 100,00, dois sócios pessoas físicas (ANTÔNIO e MARIA);
- Em 20 de julho de 2001, NEÁPOLIS alterou sua denominação para Camaçari Comercial Ltda (CAMAÇARI) e alteração da composição societária para Odebrecht Química S.A (ODEQUI) e OPP Química;
- Em 28 de setembro de 2001, a CAMAÇARI alterou seu tipo societário para S.A fechada e sua denominação para OPP Centrais S.A (OPP Centrais). Na mesma data, nomeou, estatutariamente, o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho (ÁLVARO) como seu presidente;
- Em 30 de outubro de 2001, a OPP Química efetuou redução do capital social;
- Em 05 de novembro de 2001, ocorreu a alienação das ações da COPESUL, pela OPP Química, em favor da OPP PP;
- Em 30 de dezembro de 2001, AGE da ODEQUI deliberou pelo cancelamento de 32.157 ações suas, com redução do capital social em 265MM e consequente reembolso aos acionistas. Somente a partir de tal fato, teria restado evidenciado para a autoridade fiscal a composição societária, uma vez que, embora intimado a tanto, a ora recorrente não teria apresentado os Livros Registro de Ações Nominativas e de Transferências de Ações Nominativas.

A partir de tal teia de fatos, a autoridade fiscal concluiu por estarem todas as pessoas jurídicas envolvidas no presente caso sob o controle das Organizações Odebrecht, assinalando que *"não resta dúvida quanto a íntima ligação existente entre os partícipes da operação, bem como do caráter interno da origem do ágio registrado na aquisição de ações da Copesul, pela OPP PP junto a OPP Química"*.

O autuante ilustrou sua constatação com o seguinte diagrama:



E assim observou: *"Como se vê, o investimento já fazia parte dos ativos da Organização Odebrecht, cuja operação de alienação apenas modificou, dentro do próprio grupo, o detentor das ações, bem como fez surgir expressivo ágio interno."*.

A autoridade fiscal relatou, ainda, que *"intimada a apresentar comprovantes de pagamentos referentes à aquisição do investimento supracitado que gerou ágio amortizável, (...) a Braskem informou que a liquidação se deu através de transferência de dívida entre empresas do grupo econômico"*.

Na espécie, a fiscalização assinalou que:

> Posteriormente, em 08 de novembro de 2001, houve (...)
>
> (...) a transferência do passivo mantido pela OPP PP junto a OPP Química, relativo a aquisição de ações da Copesul, para a ODEQUI. Ou seja, a OPP Química transferiu o direito pelo recebimento da alienação de ações para a ODEQUI, sua controladora, que por sua vez, passou a condição de credora da OPP PP.
>
> No dia 09 de novembro de 2001, a ODEQUI cedeu o direito de recebimento, relativo a alienação de ações da Copesul, que mantinha junto a OPP PP, para a Odebrecht S/A, atualmente denominada de ODBINV S/A, CNPJ nº 15.105.588/0001-15, sua controladora. Em resumo, primeiramente, a OPP Química, transferiu seu direito de crédito, em face da alienação de ações da Copesul, para a ODEQUI, sua controladora.
>
> Posteriormente, a ODEQUI retransmitiu esse direito a ODBINV S/A, controladora do grupo econômico e integrante da Organização Odebrecht. Abaixo, resume-se o registro do passivo, bem como sua movimentação no grupo econômico.
>
> Em 21 de março de 2002, segundo informações obtidas às fls. 3 e 4, do Livro Razão da OPP PP, houve aumento de seu Capital Social integralizado pela Odebrecht S/A, atual denominação da ODBINV S/A, através do encontro de contas contábeis. Ou seja, a OPP PP mantinha um débito junto a ODBINV S/A, cuja liquidação se deu pelo aumento de seu próprio Capital Social, sem envolvimento de qualquer dispêndio financeiro.
>
> Do todo acima exposto, constatou-se que **um débito, oriundo de aquisição intragrupo de ações se transformou em aumento do próprio Capital Social. Como se vê, a Organização Odebrecht se auto-organizou com objetivo inicial de redução do lucro tributável através da amortização ilícita de ágio interno (1º objetivo do planejamento tributário ilícito), mas também com intenções acessórias, quais sejam, nenhum dispêndio financeiro na liquidação da operação (2º objetivo do planejamento tributário ilícito), bem como aumento do Patrimônio Líquido da controlada (OPP PP) para influenciar na relação de troca de ações no momento da incorporação do ativo ao patrimônio da Braskem, fato esse, ocorrido em 16 de agosto de 2002 (3º objetivo do planejamento tributário ilícito levado a cabo pela Organização Odebrecht).** (grifei)

DOCUMENTO VALIDADO

Em síntese, a fiscalização identificou que o crédito pela aquisição das ações da COPESUL foi transferido, sucessivamente, para controladoras de ambas as partes do negócio – compradora, a OPP PP, e vendedora, a OPP Química – até que a Odebrecht (ODBINV) utilizasse esse crédito para integralizar capital na sua controlada e devedora, a OPP PP.

O relato prosseguiu conforme o seguinte:

> (...), sabe-se que **a Braskem incorporou a OPP PP em 16 de agosto de 2002, cuja consequência foi o aumento de seu Capital Social**, em 582.895.431,13 (quinhentos e oitenta e dois milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e trinta e um reais e treze centavos) **realizado mediante emissão de** 1.484.955.464 (um bilhão, quatrocentos e oitenta e quatro milhões, novecentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentas e sessenta e quatro) **novas ações**, sendo 535.763.077 (quinhentos e trinta e cinco milhões, setecentos e sessenta e três mil e setenta e sete) ações ordinárias e 949.192.387 (novecentos e quarenta e nove milhões, cento e noventa e dois mil, trezentas e oitenta e sete) ações preferenciais classe "A".
>
> **Esse aumento de Capital e a consequente emissão de ações realizadas em 16/08/02, se deveu basicamente a duas operações distintas e complementares, ambas, partes integrantes do planejamento tributário abusivo realizado pela Organização Odebrecht, quais sejam:**
>
> **a) Aumento de Capital Social da OPP PP, realizado pela ODBINV S/A, relacionado com a aquisição de ações da Copesul e consequente geração de ágio interno que sequer deveria ser registrado contabilmente;**
>
> **b) Aumento do Patrimônio Líquido da OPP PP, em face da aquisição de ações da ODEQUI com expressivo ágio interno e consequente realização indevida do lucro decorrente de equivalência patrimonial;** (grifei)

E mais:

> Noutro prisma, tem-se que **a Teoria Contábil e jurisprudência administrativa impedem o reconhecimento e registro da mais-valia quando a operação de aquisição de ações se dá entre partes relacionadas, como no caso concreto, principalmente por lhe faltar, entre outros, substrato econômico e propósito negocial**. A Seção IV, artigo 7º, da Resolução CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993 (Princípio Contábil do Registro pelo Valor Original), o Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01, de 14 de fevereiro de 2007, item 20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas", bem como o item 125, da Resolução CFC nº 1.292/10, o artigo 177, da Lei nº 6.404/76 e § 1º, do artigo 247, do RIR/99, são alguns dos diplomas legais vigentes a época dos fatos geradores aqui analisados (anos calendário 2011 a 2013) que impossibilitavam o registro e, por conseguinte, a amortização do ágio gerado entre partes relacionadas.
>
> Diante dos fatos aqui narrados, não há outra conclusão possível a não ser que, **intencionalmente, a Braskem, mesmo conhecedora dos ditames legais acima**

DOCUMENTO VALIDADO

mencionados, optou por criar operações sem substrato econômico (somente no papel) apenas com o fito de redução da carga tributária a que estava submetida.

Uma vez compreendida a natureza interna do ágio no momento da sua constituição, bem como a impossibilidade legal do registro contábil e amortização fiscal da mais-valia, demonstrar-se-á que haviam outros objetivos perseguidos pela Organização Odebrecht no caso aqui analisado.

Após a aquisição meramente formal das ações da Copesul pela OPP PP junto a OPP Química, a investidora, mesmo com o patrimônio líquido de apenas R$ 100,00 (cem reais), registrou um passivo de aproximadamente R$ 470.000.000,00 (quatrocentos e setenta milhões de reais). Com o Patrimônio Líquido ínfimo que dispunha na ocasião não seria possível/interessante a OPP PP proceder a liquidação financeira do passivo mencionado, oriundo de aquisição de investimento com ágio, já pertencentes ao grupo econômico do qual integrava.

Em face da impossibilidade/desinteresse na liquidação do passivo mediante dispêndio financeiro, a Organização Odebrecht, primeiramente, transferiu o direito pelo recebimento relativo a alienação, da OPP Química para a ODEQUI, e, depois para a ODBINV S/A, anteriormente denominada de Odebrecht S/A. Nesse ponto do planejamento tributário abusivo realizado, **a ODBINV mantinha o direito de recebimento pela alienação de ações da Copesul e, a OPP PP, o dever de liquidar o passivo**.

O próximo passo para a consecução do objetivo da não liquidação financeira do passivo foi a emissão de ações da OPP PP que foi subscrita pelo encontro de contas com o direito de recebimento mantido pela ODBINV S/A. Ou seja, para não ter que desembolsar dinheiro (afetando, portanto, o fluxo de caixa da Organização) visando liquidar o passivo registrado, a OPP PP emitiu ações para sua controladora indireta, a ODBINV S/A, que por sua vez deu por quitada a dívida pela assunção de ações da Copesul com expressivo ágio ilícito (uma mais-valia que sequer poderia ser registrada contabilmente se transformou em Capita Social).

Após as duas primeiras etapas do planejamento tributário realizadas, verificou-se que a Braskem, juntamente com a OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV S/A, intencionalmente criaram uma operação de aquisição de ações intragrupo com expressivo ágio apenas com o objetivo de reduzir ilicitamente a carga tributária a que estava submetida. Paralelamente, cumprindo objetivo secundário de não efetivar qualquer dispêndio financeiro pela aquisição de ações com ágio, realizou encontro de contas para liquidar o passivo, cuja consequência foi o aumento indevido do Capital Social da OPP PP (objetivo terciário).

(...)

Do todo acima exposto, **não restam quaisquer dúvidas quanto a ilicitude da amortização do ágio interno efetivada pela Braskem, no período de 2011 a 2013, principalmente pela conduta intencional de criação de operações intragrupo realizada apenas no papel**. Outrossim, demonstrar-se-á que **a conduta**

DOCUMENTO VALIDADO

> **intencional dos partícipes da operação em criar artificialmente uma despesa com ágio interno, sabidamente ilícita, para reduzir a carga tributária do grupo econômico, sem que o Fisco pudesse tomar conhecimento, foi objeto de qualificação da multa**, consoante relato que se segue. (grifei)

A autoridade julgadora recorrida corroborou as assertivas acusatórias, mantendo o lançamento.

A recorrente se defende, aduzindo:

- Que *"reavaliação espontânea de ativos sempre foi admitida pelo Direito Tributário até o advento da Lei 12.973/14"*;
- Que *"não há qualquer vedação legal para alienação de ativos dentro do mesmo grupo, afinal vigora o princípio da entidade, em que cada PJ apura seu próprio resultado"*;
- Que, por conseguinte, *"alienar ativos reavaliados a mercado dentro do grupo não é, por si só, uma infração"*;
- Que *"a reavaliação dos ativos pela OPP Química gerou ganho de capital em operação anterior ao registro do ágio e que foi tributado por sujeito passivo distinto da Recorrente"*;
- Que *"na verdade, o Fisco discorda da operação intragrupo ocorrida antes da aquisição dos investimentos pela Recorrente, quando a OPP Química vendeu a participação que detinha no capital social da Copesul para a OPP PP com ágio"* e, por isso, *"deveria tê-la questionado por ocasião de fiscalização sobre essa mesma operação dentro do prazo decadencial. Não é o ágio deduzido e arcado pela Recorrente, à época não sujeita ao controle da Organização Odebrecht, que deve ser presumido como artificial. Esse ágio é consistente com a operação realizada pelo alienante e teria sido gerado de qualquer maneira ainda que não houvesse tal operação anterior intragrupo, já que a aquisição do investimento ocorreu em um ambiente de livre negociação com terceiros independentes de forma legítima e pelo valor de mercado amparado por laudo de avaliação"*;
- Que *"a Recorrente, no momento das operações questionadas nos autos, não era controlada isoladamente por nenhuma empresa da Organização Odebrecht"*;
- Que *"a Recorrente adquiriu tais investimentos pelos respectivos valores de mercado, em negociação firmada entre a Organização Odebrecht e outros acionistas notoriamente independentes"*;
- Que *"dizer que não houve pagamento do ágio não tem qualquer respaldo em provas. Em contrapartida ao aporte de investimentos, a Odebrecht recebeu novas ações emitidas pela Recorrente"*;
- Que *"o ágio seria o mesmo caso a Recorrente adquirisse diretamente da OPP Química a participação na Copesul"*;

DOCUMENTO VALIDADO

- Que *"a acusação de 'ágio interno' está baseada no fato de o valor ter sido estabelecido por partes vinculadas que controlavam toda a operação. Por outro lado, as provas demonstram de forma cabal que o preço decorre de critérios rigorosos previsto em Memorandos de Entendimentos prévios, em que participavam empresas independentes e que foi praticamente impossível a manipulação do preço da transação"*.

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

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

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

> Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das **transações com o mundo exterior**, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da Entidade.
>
> Parágrafo único. Do Princípio do Registro pelo Valor Original resulta:
>
> I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do **consenso com os agentes externos ou da imposição destes**;
>
> (...) (grifei)

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

> 20.1.7 **"Ágio" gerado em operações internas. A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio". Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação. Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.** Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> societários, do ponto de vista econômico contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, **preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo.** Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível. **Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação**, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length". **Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.**" (...). Nos termos do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n° 01/2007, a CVM entende que as operações efetuadas por Companhia Aberta, com base no artigo 36 da Lei nº 10.637/02, não se revestem de substância econômica, elemento esse fundamental para que o ágio gerado fosse passível de registro no ativo das sociedades. Para a CVM **somente as operações em que há troca de ativos (geração de riqueza) é que fazem surgir o ágio na aquisição de investimentos**. Desta forma, o ágio gerado em operações realizadas sem esse embasamento e com base no artigo 36 da lei nº 10.637/02, não seriam passíveis de registro pelas Sociedades. (grifei)

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

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

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

> Ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente
>
> 48. **O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo**.
>
> 49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos no presente

> Pronunciamento. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo **porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo**. (grifei)

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

> Art. 177. **A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência** aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e **aos princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.
>
> (...)
>
> § 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas **observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários** e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.(grifei)

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

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

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

E, no caso em tela, trata-se, indubitavelmente, de ágio interno. A autoridade fiscal logrou demonstrar que o Grupo Odebrecht controlava todas as sociedades envolvidas na operação, ao passo que a recorrente se limitou a afirmar que *"no momento das operações questionadas nos autos, não era controlada isoladamente por nenhuma empresa da Organização Odebrecht"* e que *"o preço decorre de critérios rigorosos previsto em Memorandos de Entendimentos prévios, em que participavam empresas independentes"*.

Ocorre que a recorrente ainda não era controlada pelo Grupo Odebrecht no momento da formação do ágio, diversamente do que acontecia com as demais pessoas jurídicas relacionadas ao caso. Mas já era controlada por tal organização quando se aproveitou da amortização desse ágio.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Quanto à existência dos memoriais de entendimentos, há que se ter em mente que se trata de protocolos negociais firmados entre partes relacionadas – por subordinação ao Grupo Odebrecht – e cuja participação de agentes minoritários alienígenas à organização dominante não teria o condão de alterar a sorte do que lá se pactuava.

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

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

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

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

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

Em operações envolvendo partes independentes, comprador e vendedor têm posições antagônicas em relação ao preço. Enquanto o primeiro busca o menor preço possível, o segundo quer elevá-lo ao patamar máximo. O ponto de equilíbrio entre essas duas forças é dado pelo mercado, sendo certo que, nessa disputa, a vitória de uma parte possui idêntica extensão da derrota da outra. Afinal, o dispêndio do comprador é o proveito econômico do vendedor.

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

Uma operação de compra e venda envolvendo empresas do mesmo grupo não gera riqueza nova. Não há ganho, nem perda. Embora, formalmente, o escritural ganho de uma parte seja o dispêndio contábil de outra, dentro do grupo econômico, essas parcelas se anulam. E mais: como no caso em tela, sem nem mesmo que se faça necessária a efetividade do correspondente fluxo financeiro de valores.

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

> Os processos de **fusão, incorporação e cisão** normalmente utilizados no Brasil, independentemente de envolverem sociedades sob controle comum, não envolviam, como regra, a utilização de valores de mercado na mensuração dos ativos e passivos da empresa adquirida, mesmo quando ocorria mudança de controle.
>
> (...)
>
> **Considerando a essência econômica da operação, em verdade, a mudança na base de avaliação dos ativos e passivos da entidade combinada só se justifica cabalmente quando da alteração do bloco de controle acionário (alteração do controlador), envolvendo arranjos negociados entre partes independentes**. Tal constatação é facilmente percebida pela análise de demonstrações contábeis consolidadas. Incorporar, fundir ou cindir formalmente sociedades cujo controle antes e depois da operação permanece com a mesma entidade e não promove alteração nas demonstrações contábeis consolidadas.
>
> Portanto, não deveria, em princípio, ser alterada a base de avaliação do conjunto de ativos líquidos, mesmo que esse conjunto constitua um negócio nos termos da norma e/ou que o percentual de participação tenha sido alterado. **O motivo é simples: antes e depois da operação o conjunto de ativos líquidos continua sob controle da mesma entidade**. (grifei)

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

> AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.
>
> Deve ser **mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio**, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101002.388 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)
>
> ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> **Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço**. (Acórdão nº 9101002.487 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)
>
> ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.
>
> A hipótese de incidência tributária da possibilidade de **dedução das despesas de amortização do ágio**, prevista no art. 386 do RIR/1999, **requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição**.
>
> **Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico**, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, **não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte**. (Acórdão nº 9101002.449 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

Destaca-se, ainda, a falta total de pagamento. O que houve foi apenas trocas contábeis, meras operações escriturais, como bem demonstrou a Fazenda.

Chama atenção o compromisso de centenas de milhões, assumido por uma sociedade de capital social de R$ 100,00, em favor de uma credora que, não fosse do mesmo grupo econômico, não teria motivação comercial mínima para aceitar tal dívida – tanto assim que nenhum elemento dos autos aponta razões econômicas para tamanha leniência do credor. E o complacente compromisso foi herdado pela recorrente. Afinal, à incorporadora são atribuídos os direitos e obrigações da incorporada.

Ao fim, o pagamento pelo ágio deu lugar ao aumento da participação da Odebrecht na recorrente.

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

A defesa aduz, em longo histórico, que a autoridade fiscal e o colegiado julgador de primeira instância atentaram para a *"fotografia"* e não para o *"filme"*. Mas o *"filme"* a que se refere não diz respeito à criação – meramente aparente – do ágio, mas ao histórico da viabilização do pólo petroquímico de Camaçari. Tudo o que fora descrito na peça recursal poderia ter sido feito, sem criar o falso ágio e lesar terceiros.

A recorrente afirma, ainda, que o ágio seria o mesmo caso adquirisse diretamente da OPP Química a participação na Copesul. De fato, houvesse a operação sido perpetrada de tal forma, teria sido gerado o mesmo ágio. O mesmo ágio interno!

Restou patente, pois, a falta de efetivo pagamento pela aquisição societária.

Nem mesmo com pleno recurso à polissemia do vernáculo pátrio se pode deixar de admitir que, ao referir à possibilidade de amortização do ágio oriundo de participação societária adquirida (*"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 (...) III - poderá amortizar o valor do ágio (...)"* (grifei)), a Lei nº 9.532/97 impôs a necessidade de efetivo dispêndio para que se considere efetivamente sorvido o patrimônio societário incorporado.

Não por acaso, o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, citado em continuação do inciso III acima parcialmente reproduzido determina o desdobramento do custo de aquisição (*"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: (...) 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."* (grifei)).

Ora, não se vislumbra qualquer interpretação que possa emprestar significado a *"custo de aquisição"* sem representar dispêndio daquele que adquire. Aliás, é nesse sentido que a expressão é conceituada no Manual de Contabilidade das Societária da FIPECAFI (3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pag. 198):

> O **custo de aquisição é o valor efetivamente despendido** na transação por subscrição relativa a aumento de capital, ou ainda **pela compra de ações** de terceiros, caso em que **a base do custo é o preço total pago**. (grifei)

De tal modo, a *"efetiva aquisição da participação societária"* só se perfaz quando, efetivamente, o adquirente incorre no correspondente custo, vale dizer, com o pagamento do preço total. Não é isso, contudo, o que ocorreu no caso presente, em que a quitação do ágio foi formalmente operada por encontro de contas intragrupo.

Isto posto, diante da inocorrência de real pagamento do ágio em questão, a operação em análise não se amolda à efetiva aquisição de participação societária requerida pela lei, para que se possa amortizar o ágio pago. Tal constatação, frise-se, isoladamente já é capaz de afastar a dedutibilidade pretendida pela recorrente. Com mais razão, a indedutibilidade incide no caso concreto, uma vez que se trata de ágio interno.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Sobre a tributação do ganho de capital pela parte vendedora, é preciso assinalar que o correspondente recolhimento, tendo ou não ocorrido, em nada repercute na análise da dedutibilidade do ágio.

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

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

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

> Isso porque **não é pressuposto para a amortização de ágio**, nos termos do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, que a aquisição da participação societária com ágio, quando for o caso, tenha sido objeto de alguma incidência tributária sobre a contraparte da pessoa jurídica adquirente, isto é, as hipóteses dos referidos dispositivos legais não se limitam às situações em **que tenha havido alienação com ganho de capital do alienante**, sujeito à incidência do imposto de renda (e da CSL quando se tratar de alenante pessoa jurídica).
>
> A constatação acima decorre de que, primordialmente, **a condição não consta da lei, de modo que não pode ser acrescentada por interpretação ou na aplicação da norma**, já que ao intérprete ou aplicador da lei não é dado distinguir situações que a lei não distinga, e assim impor condições que a lei não imponha.
>
> De fato, não poderia ser diferente, eis que nem sempre **a aquisição com ágio** se dá perante pessoa que seja proprietária da participação societária (quando esta pode ter ganho de capital), pois **muitas vezes ela se dá em aumento de capital da própria pessoa jurídica à qual a participação se refere**, e novamente aqui a lei não distingue situações, colocando ambas dentro da hipótese fática descrita na

DOCUMENTO VALIDADO

> norma contida nos referidos arts. 7º e 8º, o que, ressalte-se, foi exatamente o que ocorreu no caso concreto.
>
> Em virtude disso, **esses artigos são aplicáveis até mesmo em casos nos quais o alienante da participação societária tenha tipo perda de capital**, desde que o adquirente tenha pago valor maior do que o patrimônio contábil.
>
> Para que não haja qualquer dúvida a este respeito, lembre-se de que **o ganho ou perda de capital são calculados a partir do custo da participação societária para o alienante, enquanto o ágio ou deságio para o adquirente são calculados a partir do patrimônio líquido** da pessoa jurídica a que a participação se refere. Destarte, se o alienante não está obrigado ao MEP, seu custo pode ser maior do que o valor patrimonial e maior do que o preço da alienação, caso em que o alienante tem perda de capital e para o adquirente pode haver ágio. Outrossim, ainda que o alienante esteja sujeito ao MEP, ele ainda pode ter perda de capital, se tiver pago ágio na aquisição, e, inobstante isso, o adquirente também poderá apurar ágio.
>
> Portanto, **não há qualquer elo entre ágio para a pessoa jurídica adquirente e ganho ou perda de capital para a pessoa física ou jurídica alienante**, o que foi muito bem abordado pela decisão em comento na medida que ignorou tal fato. (grifei)

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

preciso declarar a pertinência do lançamento da CSLL na exata extensão em que reconhecida para o IRPJ.

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

Da multa de ofício

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

> **As condutas supracitadas do contribuinte tiveram a finalidade, de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, além de excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar o seu pagamento**, conforme descrição abaixo.
>
> As operações que originaram o ágio interno/artificial, bem como a possibilidade, em tese, de sua amortização fiscal, cujo fundamento foi a rentabilidade futura da controlada Copesul, ocorreram no período compreendido entre os anos calendário 2001 e 2008, envolvendo as empresas OPP PP (adquirente das ações), OPP Química (alienante das ações), ODEQUI (controladora de ambas e integrante da Organização Odebrecht), ODBINV S/A (controladora direta ou indireta de todas), Copesul (incorporada em setembro de 2008, momento em que a Braskem passou a amortizar o ágio fiscalmente) e a Braskem (controlada pela Organização Odebrecht).
>
> Conforme menção anterior, sabe-se que **a OPP PP, empresa com Capital Social de R$ 100,00 (cem reais) adquiriu, em 05 de novembro de 2001, com expressivo ágio interno/artificial, ações da Copesul junto a OPP Química**. Registre-se que ao longo desse Termo de Verificação Fiscal **ficou cabalmente demonstrado que ambas as empresas eram controladas pela ODEQUI e que integravam a Organização Odebrecht, sendo certo que o negócio se deu entre partes relacionadas**.
>
> (...)
>
> (...), **a Braskem entendeu que poderia amortizar fiscalmente o ágio oriundo da aquisição de ações da Copesul depois da incorporação das empresas partícipes do negócio, mesmo que a operação ocorresse entre partes ligadas e sem qualquer substrato econômico**. No entanto, a Teoria Contábil e a jurisprudência administrativa já vedavam explicitamente, (...), entre outros, o registro e consequente amortização de ágio quando ocorrido em operações entre partes

DOCUMENTO VALIDADO

ligadas, mormente não haver substância econômica em transações dos acionistas com eles próprios.

Ora, se não há a possibilidade de registro contábil da mais-valia quando as operações ocorrem entre partes ligadas e sem qualquer substância econômica, não se vislumbra qualquer condição da amortização fiscal da dedução. (...)

Após o exposto, **não restaram dúvidas a essa Auditoria que a Braskem, OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV, intencionalmente, se aproveitaram de novação legal para criar uma operação artificial de venda intragrupo de ações, que sequer reunia as condições legais apara registro contábil de acordo com a legislação comercial, visando tão somente a redução da carga tributária a que estava submetida, mediante a dedução de despesa com ágio interno. Essa conduta, que envolveu os partícipes acima mencionados, impediu o conhecimento por parte da Autoridade Fazendária da ocorrência do fato gerador, acontecimento que impõe a qualificação da multa de ofício por prática da Sonegação**, a teor do artigo 71, da Lei nº 4.502/64.

No entanto, a qualificação não se impõe apenas por essa conduta, conforme restará evidenciado no relato que se segue.

Como se sabe, a OPP PP adquiriu as ações da Copesul junto a OPP Química no dia 05 de novembro de 2001. De acordo com o parágrafo 3º, do artigo 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, **o lançamento do ágio baseado na rentabilidade futura de controlada deveria estar embasado em demonstração arquivada na empresa como comprovante da escrituração**. Ou seja, **a referida demonstração, fundamentando economicamente o ágio, teria que ser tempestiva a aquisição do ativo**, mensurando-o, em montante superior ao valor contábil registrado em relação valor do Patrimônio Líquido.

Isto posto, intimou-se a Braskem a apresentar Laudo de avaliação ou documento equivalente arquivado na empresa que demonstrasse o fundamento econômico do ágio interno oriundo da aquisição de ações da Copesul em epígrafe. Em resposta a intimação fiscal, **a Braskem apresentou Laudo realizado, em 20 de novembro de 2001, portanto, posteriormente a aquisição de ações propriamente dita, desvirtuando intencionalmente o dispositivo legal**.

(...)

Em face da reunião de todas as empresas acima mencionadas, visando a prática da Sonegação e a Fraude, concluiu-se que também houve a figura do Conluio na conduta perpetrada pelos partícipes da operação.

Apenas a corroborar o interesse de criar artificialmente uma aquisição de ações intragrupo, bem como a intuito de fraudar o Fisco Federal, constatou-se que **sequer houve dispêndio financeiro para liquidação da operação. Pelo contrário, a OPP PP teve seu Capital Social elevado, fato que serviu para modificar consideravelmente a relação de troca de ações no ato de sua incorporação pela Braskem S/A**.

DOCUMENTO VALIDADO

> **Do todo acima exposto, não restam dúvidas a essa Auditoria que a multa de oficio deve ser duplicada**, de acordo com o artigo nº 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, com nova redação dada pelo artigo 14, da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, **mormente ter havido Sonegação, Fraude e Conluio praticados pelas empresas OPP PP, OPP Química, ODEQUI, ODBINV S/A e Braskem**. (grifei)

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

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

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

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

De tal modo, a contagem do interregno preclusivo contra o direito de a Fazenda efetuar o lançamento de ofício deve ser feita, no caso do p.p., pela regra contida no artigo 150, § 4º, daquele mesmo Código. Disso resulta o afastamento, por decadência, do crédito tributário lançado com referência ao ano-calendário 2011.

Dos juros de mora

Quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a estrita natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. Essa é a inteligência dos artigos 3º, 113, § 1º, e 139. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

DOCUMENTO VALIDADO

Por sua vez, o caput do artigo 161, do mesmo diploma legal, dispõe que ao crédito tributário não pago no vencimento devem ser acrescidos os juros moratórios.

Destarte, o CTN admite a incidência de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício. A expressão *"sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis"* apenas reforça a ideia de que juros e multa não são excludentes entre si.

Ademais, verifica-se que o legislador empregou, no caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/96 a expressão *"débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições"*. Ora, as multas de ofício proporcionais, lançadas em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, como é o caso, são débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Não se trata de mera imprecisão terminológica do legislador, mas sim de ampliação do campo de incidência dos juros de mora para abranger também as multas, o que é perfeitamente compatível com nosso sistema jurídico tributário. Tanto é assim, que a mesma Lei nº 9.430/96, em seu artigo 43, expressamente prevê essa incidência no caso de multas lançadas isoladamente.

Não por acaso, fulminando a questão, o CARF editou a súmula nº 108, vazada nos seguintes termos:

> Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, **sobre o valor correspondente à multa de ofício**. (grifei)

Assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios - com emprego da taxa Selic – também sobre a multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário.

Da responsabilidade tributária solidária

A autoridade fiscal, no exercício do que atualmente dispõe a IN RFB nº 1.862/18 (artigos 1º e 2º), atribuiu, conforme o já relatado, responsabilidade tributária solidária ao Sr. ÁLVARO, devidamente qualificado nos autos.

Sobre o tema, assim se pôs a fala acusatória:

> Conforme relatado no item anterior e em todo trabalho fiscal, **não restaram dúvidas que ocorreram Fraude, Sonegação e Conluio praticados pelas empresas Braskem, OPP PP, OPP Química, ODEQUI e ODBINV S/A, todas integrantes do mesmo grupo econômico liderado pela Organização Odebrecht**.
>
> (...)
>
> Inicialmente, a OPP PP adquiriu ações da Copesul junto a OPP Química com expressivo ágio interno. Já foi fartamente comprovada a ligação entre as empresas adquirente e alienante da participação societária em comento, bem como a indisposição em realizar qualquer dispêndio financeiro na operação. **Também restou cabalmente demonstrado que o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho, CPF nº 030.495.905-72, administrava todas as empresas partícipes da**

DOCUMENTO VALIDADO

operação no momento da origem da mais-valia, consoante demonstrativo abaixo.

(...)

Segundo diplomas legais vigentes até a época dos fatos geradores aqui analisados (2011 a 2013) não era possível o registro contábil do referido ágio, mormente não apresentar qualquer substância econômica, principalmente por ter sido originado em operações envolvendo partes intimamente ligadas. Ainda assim, **a Organização Odebrecht, através do Conselho de Administração e Diretoria, das diversas empresas partícipes do negócio, optou por amortizar o referido ágio ao arrepio da Lei**.

(...)

Portanto, conscientemente, a Organização Odebrecht se auto-organizou para criação de despesa, sabidamente ilícita, com o fito único de redução da carga tributária a que estava submetida.

(...)

Buscando cumprir apenas as formalidades previstas no texto legal, a Organização Odebrecht, intencionalmente, solicitou intempestivamente avaliação econômica da controlada (20/11/01), para que fosse possível a correlação com o parágrafo 3º, do artigo 20, do Decreto – Lei nº 1.598/77, que dispunha acerca do Laudo tempestivo ao fato econômico para servir como comprovante da escrituração.

Tal conduta evidenciou o desejo de alterar as características da situação fática e, por conseguinte, do fato gerador, visando a redução da carga tributária da Organização Odebrecht.

Uma vez demonstrada que a conduta fraudulenta a lei foi intencional, impõe-se a qualificação da multa e a responsabilização pessoal dos administradores da Braskem, a teor do inciso III, do artigo 135, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), que assim dispõe sobre a questão:

(...)

Em face da consolidação da ocorrência da Sonegação, Fraude e Conluio, perpetrados pelos partícipes da operação de aquisição e amortização de ágio interno, sabidamente ilícita, bem como da **responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, restou a essa Auditoria identificar quais agentes, com poder de gestão no negócio, infringiram intencionalmente o ordenamento jurídico**, consoante relato que se segue.

Segundo o artigo 26, da consolidação do Estatuto Social da Braskem, ocorrida em 30 de novembro de 2004, competia ao Conselho de Administração da companhia, entre outras, as seguintes atividades:

DOCUMENTO VALIDADO

> 1. Fixação da orientação geral dos negócios da companhia, manifestando-se sobre o relatório da administração e as contas da Diretoria;
>
> 2. Eleição e destituição dos Diretores e fixação de suas atribuições;
>
> 3. Fiscalização da gestão dos Diretores, bem como o exame dos livros e documentos da companhia, solicitando informações sobre quaisquer atos, visando a correta execução da política administrativa da empresa.
>
> 4. Decisão sobre a participação em outras sociedades;
>
> 5. Deliberação sobre os casos omissos no Estatuto Social.
>
> Como se vê, competia ao Conselho de Administração da Braskem a orientação geral da companhia, bem como a destituição da Diretoria, principalmente no que se refere a observância do ordenamento jurídico vigentes.
>
> Em outras palavras, **cabia ao Conselho de Administração da Braskem a fixação da conduta a ser perseguida pelos funcionários na execução da política administrativa da empresa. Ademais, caso houvesse qualquer desvio, também competia ao citado Conselho a correção e a possibilidade de destituição da Diretoria**.
>
> Não restam dúvidas que **as condutas fraudulentas foram perpetradas por quem dispunha do poder de mando na sociedade (Conselho de Administração) e que tinha a obrigação de examinar os livros e documentos da empresa visando a adequação ao texto legal**.
>
> Isto posto, e de acordo com o arrazoado realizado nesse item, bem como pela continuação das práticas de Fraude e Sonegação, iniciadas em 2001, **concluiu-se que o Sr. Álvaro Fernandes da Cunha Filho, CPF nº 030.495.905-72, na qualidade de membro do Conselho de Administração da Braskem, durante o período de amortização do ágio interno e, Gestor, com poder de mando nas empresas OPP PP, OPP Química, ODEQUI e Copene (antiga denominação da Braskem) no momento da constituição do ágio, será responsabilizado pessoalmente pelo crédito tributário (2011 a 2013) ora constituído**. (grifei)

Assim, em apertada síntese, a responsabilização solidária fora atribuída por ter entendido a autoridade fiscal que uma (i) infração tributária cometida, em seu entender, sob artifícios dolosos de sonegação, fraude e conluio, deveria ser (ii) do conhecimento prévio do Conselho de Administração, que deveria ter atuado para impedir seu cometimento. Considerando que (iii) o sr. ÁLVARO era membro do Conselho de Administração ou Diretor nas sociedades envolvidas, ele teria pleno domínio do fato.

Isto posto, o sr. ÁLVARO fora solidariamente responsabilizado, por, em tese, atuar com excesso de poderes ou infração à lei, por ser um elo entre os corpos administrativos das sociedades envolvidas num ilícito tributário tomado como dolosamente praticado.

O fundamento legal foi o artigo 135 do CTN. Tal dispositivo – adequado à responsabilização dos administradores – traz consigo uma prerrogativa excepcional da

DOCUMENTO VALIDADO

Administração Tributária, que demanda conjunto probatório robusto e preciso para permitir a transposição da personalidade jurídica da sociedade, penetrando na esfera patrimonial de seu gestor.

A aplicação do artigo 135 do CTN não pode ser objetiva e automática.

Confira-se a lição de Aliomar Baleeiro (em obra atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi) sobre o tema:

> **A aplicação do art.135 supõe assim:**
>
> 1. **a prática de ato ilícito, dolosamente**, pelas pessoas mencionadas no dispositivo;
>
> 2. **ato ilícito**, como infração de lei, contrato social ou estatuto, normas que regem as relações entre contribuinte e terceiro responsável, **externamente à norma tributária básica ou matriz, da qual se origina o tributo**;
>
> 3. **a autuação tanto da norma básica** (que disciplina a obrigação tributária em sentido restrito) **quanto da norma secundária** (constante no art. 135 e que determina a responsabilidade do terceiro, pela prática do ilícito). (grifei)

Como antes mencionado, um tema tão sensível, com consequências patrimoniais tão severas, demanda materialidade probatória da conduta pessoal das pessoas responsabilizadas.

Ainda que se tenha considerado como fraudulenta a postura da sociedade para fins de qualificação da multa – consideração, frise-se, afastada no presente voto, como se observa, não houve qualquer apontamento, demonstração ou prova da conduta individualizada do sr. ÁLVARO.

Não se nega que a posição topográfica do sr. ÁLVARO nos organogramas das entidades envolvidas seja sugestiva de franca atuação no planejamento tributário em análise, mas é fato que não se colhe dos autos materialidade de nenhum ato seu tendente a concretizar a economia tributária pretendida pela sociedade. E não é possível consentir com a imputação de tamanho ônus com fundamento em mero conjunto indiciário.

Assim, existe insuficiência técnica no lançamento de ofício ora recorrido, quanto à fundamentação legalmente exigida para responsabilização do administrador, de modo que a responsabilidade solidária imposta pela autoridade fiscal não pode prevalecer.

Diante disso, deve ser afastada a responsabilidade solidária do sr. ÁLVARO.

Conclusão

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento aos recursos voluntários para:

1. Afastar, em razão da decadência, a exigência tributária relativa ao ano-calendário 2011;
2. Manter o lançamento quanto aos anos-calendário 2012 e 2013;

DOCUMENTO VALIDADO

3. Afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao seu patamar base de 75%;
4. Manter a exigência de juros de mora, inclusive sobre a multa de ofício;
5. Afastar a responsabilidade solidária do sr. ÁLVARO.

É como voto.

Assinado Digitalmente

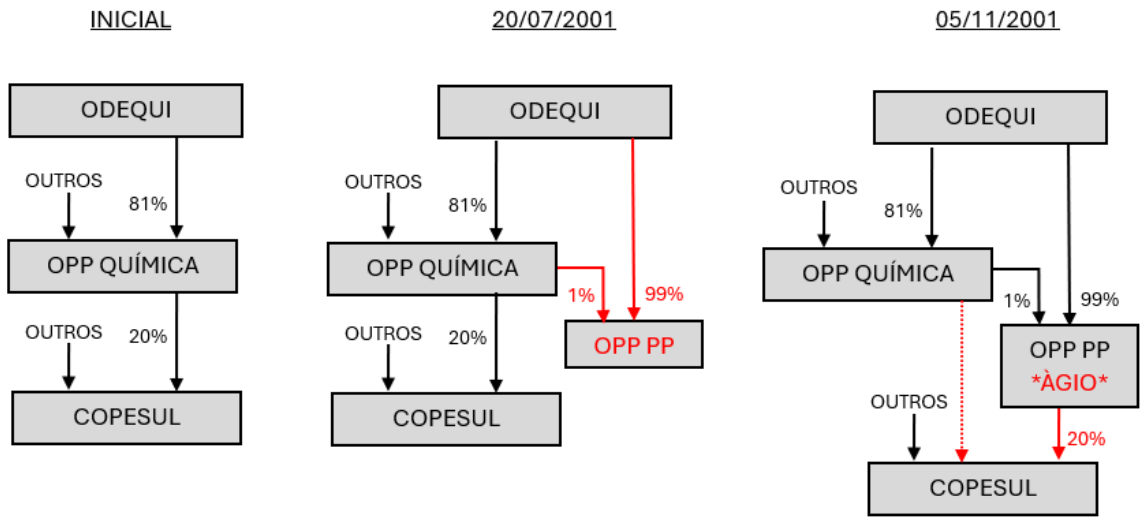
José Eduardo Genero Serra

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque

Acompanhei o substancioso voto do ilustre Relator, não havendo o que reparar ou mesmo acrescentar às suas conclusões e aos seus fundamentos, claros e determinantes. Contudo, solicitei a oportunidade de apresentar declaração de voto apenas para dar ênfase aos pontos que me são mais relevantes.

A fiscalização glosou a dedução de ágio realizada pela BRASKEM na apuração dos anos 2011, 2012 e 2013. Tais deduções estão associadas ao ágio anotado pela BRASKEM no ano 2008, após a incorporação da Ipiranga Petroquímica S.A. que, por sua vez, havia incorporado a Copesul, quem anotou o ágio originalmente, no ano 2001.

Vê-se que esse ágio foi transferido algumas vezes, mas o fundamento da fiscalização está na operação que teria originado o ágio, a qual está ilustrada a seguir:



Em apertada síntese, a ODEQUI controlava a OPP QUÍMICA e esta possuía 20% do capital da COPESUL. Em julho de 2001, a ODEQUI criou a empresa OPP PP. Em dezembro do mesmo ano, a OPP QUÍMICA transferiu a sua participação na COPESUL para a OPP PP e esta anotou o ágio em tela.

DOCUMENTO VALIDADO

A fiscalização apontou a empresa OPP PP como uma empresa veículo. É certo que essa empresa não possuía atividade operacional produtiva e desapareceu no ano seguinte, quando foi incorporada pela COPENE, empresa do mesmo grupo econômico.

Entendo que há situações em que a utilização de uma empresa veículo possui um propósito material, por vezes necessário para a realização do negócio. Portanto, não é a presença de uma empresa veículo que autoriza, por si só, o reconhecimento de uma irregularidade.

Por outro lado, há situações em que a utilização de empresa veículo é um meio de perpetrar uma fraude à lei e, por vezes, uma simulação ou uma fraude material. Por isso, é importante analisar o quadro fático da operação.

No caso, entendo que a empresa OPP PP foi uma empresa veículo e foi introduzida no negócio apenas para possibilitar o surgimento aparente de um ágio que nunca existiu efetivamente, conforme demonstrado pela fiscalização.

O fato econômico que dá ensejo a uma anotação de ágio é uma compra desvantajosa, ou seja, quando o preço pago na compra supera o valor do bem adquirido.

O valor do bem adquirido e os seus elementos é uma questão controversa em todas as instâncias do negócio. Contudo, para fins de aproveitamento tributário do ágio, nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, o bem adquirido é uma participação societária avaliada pelo valor do patrimônio líquido. Por isso mesmo, na redação então vigente, esse dispositivo legal determinava a anotação do preço com desdobramento em dois valores: o valor do patrimônio líquido e o valor do restante pago (ágio).

Portanto, para existir ágio a ser anotado, é necessário que o esforço econômico do comprador seja superior ao valor do patrimônio líquido da participação adquirida. Tal esforço pode existir independentemente de as partes compradora e vendedora serem independentes ou não. Contudo, quando as partes são relacionadas, é possível que o negócio ocorra sem que haja um esforço econômico do comprador, ou seja, que não exista ágio a ser anotado.

Na espécie, a alegada aquisição foi um negócio meramente escritural entre empresas do grupo, sem circulação de riqueza. A empresa adquirente (OPP PP) nunca pagou pela aquisição, apenas assumiu um compromisso de pagar para a empresa alienante, a OPP QUÍMICA.

Se esse compromisso tivesse sido honrado, entendo que o negócio seria legítimo, mas não foi isso o que ocorreu. De fato, o direito de receber da OPP QUÍMICA foi transferido para a controladora das duas empresas envolvidas, a ODEQUI. Em seguida, a OPP PP emitiu novas ações, as quais foram adquiridas pela ODEQUI, a qual deu em pagamento o seu direito de receber, o que causou a confusão direito/obrigação na pessoa da OPP PP, ou seja, a obrigação foi extinta por meras operações escriturais entre as empresas do grupo, o que não seria possível se a operação tivesse ocorrido entre partes independente.

Não há dúvida de que as empresas envolvidas no negócio eram do mesmo grupo econômico. Também é certo que, na época dos fatos, não existia impedimento legal para que

DOCUMENTO VALIDADO

fosse aproveitado tributariamente um ágio gerado entre empresas do mesmo grupo. Contudo, na espécie, não houve uma efetiva aquisição com ágio, essa foi apenas a aparência do negócio. De fato, houve apenas uma transferência escritural da titularidade da COPESUL, de OPP QUÍMICA para ODEQUI (com a interposição da OPP PP) com a finalidade de fazer surgir o ativo tributário do ágio alegadamente dedutível.

Por essas razões, já encontradas no voto do ilustre Relator e apenas realçadas nessa declaração, meu voto é no sentido de acompanhar o voto do Relator.

Assinado Digitalmente

Neudson Cavalcante Albuquerque

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre Conselheiro relator, apresento aqui declaração de voto dando provimento ao recurso voluntário.

Dedução do ágio: considerações gerais

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que todos os atos societários relacionados à operação foram devidamente formalizados e registrados perante os órgãos competentes, de forma que todas as operações foram feitas “às claras”.

Também se torna relevante destacar o ordenamento jurídico ao qual estava submetida a amortização do ágio, isto é, o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e o artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Nesse sentido, houve total cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que assim dispõe:

> *Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*
>
> *I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
>
> *II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*

DOCUMENTO VALIDADO

> *III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
>
> *IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.*

Assim, houve operação de incorporação entre investida e investidora (a chamada "confusão patrimonial"), sendo que o investimento da investidora na investida havia sido feito com ágio nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 e houve a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura no prazo previsto em lei.

Ágio interno: considerações gerais

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que não há como se falar de antemão que qualquer ágio interno deverá ser dedutível para fins de apuração de IRPJ e CSLL, bem como tampouco é possível falar que qualquer ágio interno possui caráter fraudulento ou simulatório.

Assim, "há ágios internos e ágios internos", de modo que se torna fundamental a análise do contexto fático de geração daquele ágio para que possamos determinar quais serão as consequências tributárias cabíveis.

Mas antes de adentrarmos nos detalhes do ágio interno, cumpre notar o que vem a ser o ágio.

Embora possua essa denominação semântica que indica um sobrepreço em relação a algo, o fato é que o ágio nada mais é do que um resultado do desdobramento do custo de aquisição.

Ou seja, ágio é parte do custo de aquisição. Alguém desembolsou um determinado montante ou ativo com vistas a adquirir uma participação societária, de modo que o ágio é uma parte deste custo de aquisição da participação societária.

Ora se alguém está desembolsando um determinado montante ou ativo para a aquisição de participação societária, temos que há outra parte em um contrato de compra e venda de participação societária que está vendendo uma participação societária e por um valor maior do que era originalmente o seu custo de aquisição. Logo, temos um adquirente comprando uma

DOCUMENTO VALIDADO

participação societária com um sobrepreço e um vendedor alienando uma participação societária com um sobrepreço.

Sob a perspectiva do vendedor, a princípio, há um potencial ganho de capital tributável na medida em que está vendendo uma participação societária com sobrepreço. Embora potencialmente tal ganho seja tributável, há diferentes situações que implicam que não haja tributação ou haja apenas tributação parcial de tal ganho de capital. Assim, caso o vendedor da participação societária com sobrepreço seja a União, não haverá tributação do ganho de capital deste vendedor. Também podem ocorrer outras situações em que não haverá tributação do ganho de capital, tal qual acontece com a alienação de participações societárias adquiridas e mantidas por mais de cinco anos durante a vigência do artigo 4º, "d", do Decreto-lei n. 1.510/76.

Vale ressaltar ainda que a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária independe do tratamento tributário de tal sobrepreço na perspectiva do vendedor, ou seja, ainda que não haja uma efetiva tributação do ganho de capital em virtude uma imunidade, isenção ou redução de base de cálculo, haverá a dedutibilidade do ágio desde que sejam cumpridos os requisitos de sua dedutibilidade.

Por mais que não haja necessidade de tributação do ganho de capital pelo vendedor para que haja a dedutibilidade do ágio sob a perspectiva do comprador da participação societária, tal análise pode ser relevante nos casos de ágio decorrente de aquisição de participações entre partes dependentes.

Assim, ainda que o ágio ocorra em uma operação entre partes dependentes, não há que se falar em qualquer caráter de fraude, dolo ou simulação no âmbito do Direito Tributário quando houve efetiva tributação do sobrepreço oriundo da alienação da participação societária pelo vendedor. Isto é, qual seria a lógica de um "planejamento tributário" em que o vendedor já paga uma alíquota combinada de 34% de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital e o adquirente da participação terá uma dedutibilidade do ágio (de igual montante) após uma operação de incorporação entre investidora e investida e com uma limitação temporal de dedutibilidade mínima de 5 anos (1/60 por mês).

Como consequência de tal raciocínio, se em alguma operação de "ágio interno", houver comprovação do pagamento de tributo sobre o ganho de capital do vendedor, estará demonstrado por si só o caráter lícito de toda a operação.

Toda esta consideração se faz necessária para uma melhor apresentação do tema, visto que se trata de tema relevante e controverso, conforme será observado nos tópicos subsequentes.

Ágio interno: da ausência de vedação legal à constituição de ágio entre partes dependentes até a edição da Lei n. 12.973/14

DOCUMENTO VALIDADO

No que tange ao ágio que foi gerado antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.973/14 no Decreto-Lei n. 1.598/77, vale notar que a redação original do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 previa a necessidade do desdobramento do custo de aquisição dos investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial em: (i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição e (ii) ágio ou deságio na aquisição.

A partir de uma interpretação literal do referido dispositivo, nota-se que não havia menção tanto no caput do referido artigo quanto nos parágrafos subsequentes acerca do investimento ter sido adquirido com ágio em uma operação entre partes independentes. Se os dispositivos legais não trouxeram proibição expressa ao ágio decorrente de operações entre partes dependentes, torna-se obrigatório o desdobramento do custo de aquisição de uma participação societária ainda que a operação tenha se dado entre partes dependentes, sob pena de contrariedade ao mencionado artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77.

Tampouco nos parece adequado também limitar o termo “aquisição” a uma relação entre partes independentes. Em diversas operações em que há compra e venda de bens entre partes relacionadas, a legislação tributária não exclui a receita da venda, por exemplo, da tributação de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL pelo mero fato de que a operação se deu entre partes relacionadas.

Ainda merece ser citado o artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura e que assim dispõe:

> *Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)*
>
> *I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*
>
> *II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;*
>
> *III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2° do art. 20 do Decreto-lei n° 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)*

DOCUMENTO VALIDADO

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

Desta forma, em relação ao ágio baseado em rentabilidade futura, a legislação permitiu a dedução fiscal no balanço da sucessora dentro do prazo mínimo de cinco anos.

Ainda, o artigo 8º da Lei 9.532/97 afirma que a dedutibilidade fiscal do ágio aplica-se, inclusive, nos casos em que: (i) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido e (ii) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. Destaque-se que o último item autoriza em lei a realização de incorporação às avessas ou reversa (incorporação da investidora pela investida).

Ao se observar tais dispositivos legais, verifica-se que a amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura pressupunha que um investimento tivesse sido adquirido com ágio (sem qualquer menção a que o ágio devesse ser gerado em operação entre partes independentes) e que houvesse uma absorção entre investimento e investida por meio de incorporação, fusão ou cisão (causando a chamada "confusão patrimonial").

Diante da premissa de que a realização de operações societárias que impliquem na geração de ágio pode ocorrer tanto entre sociedades independentes quanto entre sociedades ligadas, inexistindo à época proibição ao registro de ágio em operações entre sociedades ligadas, há que se analisar se tais operações foram ou não efetuadas nos padrões do mercado.

Sobre o tratamento tributário das operações entre pessoas ligadas, Edmar Oliveira Andrade Filho adverte que:

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

Prossegue, ainda, o referido autor:

> *"As partes relacionadas podem fazer o que a lei não proíbe, ou não fazê-lo nas mesmas condições que contratariam com terceiros independentes; as pessoas jurídicas são distintas das pessoas jurídicas são distintas das*

[1] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 49-50

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *pessoas dos sócios, cabendo unicamente à lei restringir a densidade normativa deste princípio jurídico. As citadas normas de bloqueio existem para eliminar os efeitos das operações realizadas fora do âmbito do princípio da equidade ou do 'dealing at arms length'" [2].*

Assim, o autor confirma que não há proibição nas normas tributárias para a ocorrência de operações societárias entre empresas vinculadas com a geração de ágio, no entanto, tal ágio deve ter substância econômica, sendo devidamente fundamentado economicamente.

Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho menciona que:

> *"o ágio não é inventado a partir do nada; ele é parte integrante do preço de aquisição de participações societárias e, portanto, para que ele surja são sacrificados ativos ou assumidas obrigações por parte do adquirente" [3].*

Afirma, ainda, o mencionado autor:

> *"a menos que o ágio não seja fruto de uma operação legítima (sincera e devidamente documentada), não cabe às autoridades fiscais contestar a sua existência e os respectivos efeitos, salvo em caso de fraude, sonegação ou conluio"[4].*

Dessa forma, desde que o ágio tenha se originado de uma operação legítima na qual houve o efetivo pagamento com o sacrifício de um ativo ou com a assunção de obrigações, e esteja devidamente fundamento, não há óbice de que tal ágio tenha se originado de uma operação com pessoa ligada.

Analisando a não existência de limitação normativa à criação de ágio gerado internamente, Edmar Oliveira Andrade Filho conclui que:

> *"Se a realização de operações entre as pessoas ligadas é aceita pelo ordenamento jurídico, elas não podem se comportar como se tais operações, desde que legitimamente realizadas, não existissem ou fossem condenadas a priori. A criação de ágio entre partes relacionadas é legítima e tem origem em ganho de capital; não se pode condenar o ágio, porque existem no ordenamento jurídico normas que induzem à sua criação" [5].*

Logo, inexistem restrições para a criação de ágio em operações societárias entre empresas ligadas e a tal ágio será dedutível desde que o mesmo esteja devidamente

---

[2] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 50-51

[3] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 380-2.

[4] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2006. p. 380-2.

[5] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 65.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

fundamentado economicamente, bem como exista transferência financeira que dê origem a tal ágio.

A fundamentação econômica do ágio se dava por meio da elaboração de laudo de avaliação por perito ou empresa especializada. Sobre a necessidade de fundamentação do ágio, Edmar Oliveira Andrade Filho assevera que:

> *"O sujeito passivo deve produzir provas sobre a existência do ágio ou deságio e o fundamento econômico que lhe foi atribuído. A atribuição de fundamento econômico é ato de valoração (de escolha entre possibilidades igualmente válidas) e tem como conseqüência a qualificação jurídica do valor respectivo"* [6].

No que tange especificadamente ao o ágio fundamentado na rentabilidade futura, José Luiz Bulhões Pedreira pontua que:

> *"A decisão da investidora de pagar determinado preço pela participação pode basear-se também em previsão dos resultados da sociedade objeto do investimento – o custo de aquisição é determinado em função do valor dos resultados previstos para determinados exercícios futuros. Esse valor pode ser superior quanto inferior ao de patrimônio líquido contábil, justificando, respectivamente, ágio ou deságio"* [7].

Prossegue, ainda, o referido autor:

> *"O valor de rentabilidade (ou de lucro líquido) da ação tem fundamento no direito, que esta confere, de participar nos lucros da companhia. Quando avaliada com base na rentabilidade, a ação é considerada na sua natureza de fonte de renda financeira. E o método para determinar o valor de qualquer fonte de renda financeira é calcular o valor presente (descontado) do fluxo futuro de renda que dela deverá ser derivado. Esse valor atual é o montante de capital que, à taxa adotada no cálculo, produz fluxo futuro renda"* [8].

Nesse mesmo sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho menciona que:

> *"A 'previsão de resultados', requerida pela norma da letra b do §2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, diz respeito ao virtual montante dos lucros ou prejuízos de exercícios futuros que indicam as projeções realizadas quanto da aquisição da participação societária. Evidentemente, os valores*

[6] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.* São Paulo : MP Editora, 2007. p. 41

[7] PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e demonstrações financeiras da companhia (conceitos fundamentais)*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 698.

[88] PEDREIRA, José Luiz Bulhões, LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A. : pressuposto, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. p. 769-70.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *projetados devem ser submetidos a um critério de depuração do fator do tempo. Não é economicamente correto comparar um valor hoje (valor presente) a um valor formado no futuro; é necessário expurgar o efeito financeiro e trazer os valores projetados ao valor presente na data de aquisição da participação societária"* [9].

Desse modo, diante da ausência de vedação legal, seria possível a aquisição de investimento com ágio em operações com partes dependentes até a edição da Lei n. 12.973/14, sendo a amortização de tal ágio possível após o cumprimento dos requisitos do artigo 7º da Lei n. 9.532/97.

Diante de tal cenário, pode surgir a dúvida: então todo ágio interno originado de operação de aquisição de participação societária anterior à edição da Lei n. 12.973/14 é válido?

Mais uma vez, é importante pontuar que nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

É relevante ter em mente que inexistia proibição legal ao registro do ágio em operações entre partes dependentes até a Lei n. 12.973/14. Mas por óbvio não são válidos os ágios internos que foram gerados com base em fraude, dolo ou simulação, devidamente comprovados pela autoridade fiscal.

Há operações e operações que podem resultar em ágio interno. Não há que se ter o preconceito por si só pelo fato de existir um ágio interno. Mas os ágios que foram formados com base em operações comprovadamente fraudulentas devem ser combatidos.

Para demonstrar a existência de ágio interno com causa ou real sob o aspecto tributário, Marcos Takata cita uma série de exemplos em que há ágio devidamente apurado em relações entre partes dependentes. Nessa linha, assinala o referido autor:

> *"14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa sob o aspecto jurídico-tributário. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.*
>
> *14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou "prima" (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta*

[9] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 40

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> *que ele deve ser avaliado pelo MEP. Tal aquisição é feita pela controlada de minoritários da outra controlada. Nessa operação pode ser gerado ágio. Há justificativa ou efetividade econômica nesse ágio. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob a esfera tributária.*
>
> *14.2. Mais. Conjecture-se que o negócio entre duas controladas, como descrito acima, seja de aquisição integral das ações da outra controlada, i.e., seja uma incorporação de ações. Na medida em que a controlada que tem suas ações incorporadas possuam minoritários que não sejam os mesmos da controladora (que é de ambas), aqui também pode ser gerado ágio. Este ágio tem significado ou justificativa econômica. É caso de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário (...)*
>
> *14.3. Cogite-se de uma pessoa jurídica que resolva incorporar as ações de uma controlada. Esta possui minoritários (outros acionistas que não do grupo). Também aqui, se a investida vale mais que seu valor contábil (e, quiçá, que o valor justo líquido de seus ativos), a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora), e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos novos acionistas da incorporadora de ações (antigos acionistas da que teve as ações incorporadas) – leia-se, aos minoritários, diretos ou indiretos. (...) É inegável que esse ágio tem causa, é efetivo ou real, sob o aspecto jurídico-tributário" [10].*

Como se observa a partir dos exemplos trazidos por Marcos Takata, "há ágios internos e ágios internos".

Na mesma linha, Ricardo Mariz de Oliveira nos traz outro exemplo de um ágio interno válido ao afirmar que:

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

[10] TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 3º volume. São Paulo: Dialética, 2012. p. 194-214.

DOCUMENTO VALIDADO

> elas, hipótese que ocorre comumente quando se trata de companhias abertas" [11].

Assim, a princípio, há uma série de operações que geram efetivamente um ágio ainda que elas se deem entre partes relacionadas.

Ao tratar da questão de que o ágio interno não deveria ter a sua dedutibilidade negada de "per si", Humberto Ávila aponta que:

> *"o aproveitamento do ágio não pode ser negado em razão de a operação societária que o gerou ter englobado empresas do mesmo grupo ou troca de ações, pois tais particularidades estão protegidas pelos princípios fundamentais de liberdade. Em vez disso, o aproveitamento do ágio só pode ser negado se a operação societária praticada tiver envolvido algum ato ou negócio jurídico eivado de vício relativo à sua existência ou à sua validade. Em outras palavras, o problema não está na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas; o problema reside na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos viciados envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas. São coisas completamente diferentes.*
>
> *Em razão disso, repita-se, o aproveitamento do ágio não depende de as operações societárias terem sido ou não praticadas entre empresas do mesmo grupo ou envolverem ou não ações ou quotas. Ele depende, em vez disso, de as operações societárias terem sido praticadas por meio de atos ou negócios jurídicos sem vícios de existência ou validade" [12].*

Portanto, as autoridades tributárias dispõem de instrumentos para não validar as operações que geraram ágios (internos ou não) de forma comprovadamente fraudulenta, mas o ágio interno por si só não deveria ser uma causa impeditiva de amortização fiscal do ágio e não era por falta de previsão legal específica até a edição da Lei n. 12.973/14.

E é possível dizer ainda mais. Mesmo com a redação após a Lei n. 12.973/14, verifica-se que o contribuinte DEVE desdobrar o custo de aquisição em três diferentes blocos (valor proporcional do patrimônio líquido, mais ou menos valia de ativos e goodwill), inexistindo previsão de hipótese de dispensa de desdobramento de custo de aquisição quando a aquisição de participação societária se der entre partes dependentes:

---

[11] OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Questões Atuais sobre o Ágio. Ágio Interno – Rentabilidade Futura e Intangível – Dedutibilidade das Amortizações – As Inter-relações entre a Contabilidade e o Direito. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011. p. 232.
[12] ÁVILA, Humberto. Notas sobre o Novo Regime do Ágio. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 5 volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 155.

> *Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:*
>
> *I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e*
>
> *II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e*
>
> *III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput.*

A vedação trazida pela Lei n. 12.973/14 envolve tão somente a exclusão do goodwill derivado da aquisição de participação societária entre partes dependentes, mas não impede que haja o registro do ágio como resultado do desdobramento do custo de aquisição.

Ágio interno: existência de comutatividade do preço no caso concreto

No caso em tela, há elementos que comprovam que as operações se deram em bases comutativas, o que implica que as operações não foram artificiais e possuem lastro econômico.

Vale lembrar que um dos questionamentos do auto de infração estava relacionado à comutatividade da operação, pois, segundo a fiscalização, não haveria comutatividade numa operação realizada entre partes relacionadas, ou seja, as condições para determinação da contraprestação equivalente, certa e determinada não teriam sido atendidas.

No caso da negociação de participações societárias, a base de valor é dada por um laudo de avaliação, elaborado por uma instituição independente, que apresenta a avaliação de preços de um negócio.

Nessa linha, verificou-se que a OPP Química contratou uma empresa independente, a Planconsult Planejamento de Consultoria S/C Ltda. (Planconsult), que utilizou a metodologia do fluxo de caixa descontado para apurar o valor econômico da Copesul, de R$ 4.274.694.000,00, e que atribuiu o ágio da operação à sua rentabilidade futura, conforme a tabela a seguir:

DOCUMENTO VALIDADO

Tabela 1 - Valor Econômico da COPESUL em 31 de outubro de 2001

DISCRIMINAÇÃO	VALOR PRESENTE FLUXO DE CAIXA (R$ mil)
Taxa de Desconto	10% a.a.
Valor Total de Fluxo de Caixa para Acionista	4.609.599
Ajuste (Dívida Líquida + Contingências)	333.904
VALOR TOTA DA EMPRESA	4.275.694

Fonte: Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da Copesul (fls. 7107 a 7289)

É importante notar que a Copesul havia sido privatizada em 1992 e fora adquirida pelo consórcio formado entre os Grupos Odebrecht Química e Ipiranga, conforme Parecer Técnico nº 153 COINP/COGPI/SEAE/MF), de 5 de julho de 2002, que tratou do Ato de Concentração nº 08012.005799/2001-92 (fls. 14005 a. 14178), ou seja, a operação foi objeto de análise pelas autoridades brasileiras de Direito Concorrencial, evidenciando não se tratar operação entre partes dependentes.

Em 2001, quando ocorre a compra e venda de 20,67% do capital da Copesul, entre OPP Química e OPP PP, seu valor de mercado foi novamente validado, com a avaliação da Planconsult, que estabeleceu o valor de R$ 187.397.882,53 do custo do investimento e R$ 281.638.642,99 de ágio fundamentado na rentabilidade futura da Copesul.

Concretizada a operação, foram verificados os lançamentos contábeis no livro razão da OPP PP (fls. 7082), que comprovam o desdobramento do valor adquirido entre o custo e o ágio, conforme tabela seguir:

Tabela 2 – Registros contábeis da OPP PP referentes à aquisição de ações da Copesul

OPP PRODUTOS PETROQUÍMICOS S.A.

Data	Centro	Lote	Contra Parl	Histórico	Valor	D/C	Saldo
AT 130102001001 COPESUL CIA PETROQ DO SUL							
05/11/2001	11373	9		AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO COPESUL JUNTO À OPP QUÍMICA	187.397.882,53	D	187.397.882,53
AT 130102001023 COPESUL CIA PETROQ DO SUL (ÁGIO)							
05/11/2001	11373	9		ÁGIO REFERENTE A AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO COPESUL JUNTO À OPP QUÍMICA (20,67%)	281.638.642,99	D	281.638.642,99
				TOTAL	469.036.525,52		469.036.525,52

Fonte: fl. 7082 e 7083

Para o fechamento do exercício de 2001, foram lançados os valores de dividendos a receber, da equivalência patrimonial e da amortização contábil do ágio, referentes a competência de dezembro/2001, conforme tabela a seguir:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Tabela 3 – Registros Contábeis da participação na Copesul em 31/12/2001

OPP PRODUTOS PETROQUÍMICOS S.A.

Data	Centro	Lote	Contra Part	Histórico	Valor	D/C	Saldo
AT 130102001001 COPESUL CIA PETROQ DO SUL							
05/11/2001	11373	9		AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO COPESUL JUNTO À OPP QUÍMICA	187.397.882,53	D	187.397.882,53
31/12/2001	11373	22	110501001006	DIVIDENDOS A RECEBER COPESUL 12/01	739.959,66	C	186.657.922,87
AT 130102002001 COPESUL CIA PETROQ DO SUL							
31/12/2001	11373	15	370102002001	EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DO MÊS 12/01 - COPESUL	3.075.281,87	D	3.075.281,87
31/12/2001	11373	22	370102002001	COMPLEMENTO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE DEZ/01	133.537,51	D	3.208.819,38
AT 130102001023 COPESUL CIA PETROQ DO SUL (ÁGIO)							
05/11/2001	11373	9		ÁGIO REFERENTE A AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO COPESUL JUNTO À OPP QUÍMICA (20,67%)	281.638.642,99	D	281.638.642,99
31/12/2001	11373	34	370301001001	AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO CCOPESUL	2.346.988,69	C	279.291.654,30
				TOTAL			469.158.396,55

Fonte: fl. 7082

O saldo final de R$ 469.158 mil foi devidamente refletido nas Demonstrações Financeiras da OPP PP, de 31 de maio de 2002, que foi auditada pela PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes (fls. 7290 a 7345).

Antes da venda para a OPP PP, a Copesul estava registrada no ativo da OPP Química pelo valor total de R$ 169.561.130,92, conforme balancete datado de 31/10/2001:

Tabela 4 - Registro da Copesul na OPP Química em 31/10/2001

OLD - OPP QUÍMICA S.A. (200) BALANÇO REF. PERÍODO: 01/01/2001 a 31/10/2001		
CONTA	NOME DA CONTA	SALDO ATUAL
1301	INVESTIMENTOS	
130101	PARTICP EM EMPRESAS LIGADAS	
130101001	PARTICIP EM EMPRESAS CONTROLADAS	
130102001001	COPESUL CIA PETROQ DO SUL	191.487.956,72
130102001002	COPESUL CIA PETR DO SUL (DESÁGIO)	-28.826.730,45
130102001023	COPESUL CIA. PETROQ. DO SUL (ÁGIO)	10.989.978,84
130102002001	COPESUL CIA PETROQ DO SUL (EQUIV)	-4.090.074,19
	TOTAL - COPESUL	169.561.130,92

Fonte: Balancete de 31/10/2001 (fl. 13.918)

O ganho de capital da OPP Química, oriundo da venda das ações da Copesul, foi de R$ 299.475.394,60, conforme demonstrado na tabela a seguir:

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Tabela 5 – Ganho de Capital na venda da Copesul

OLD - OPP QUÍMICA S.A. (200) BALANÇO REF. PERÍODO: 01/01/2001 a 31/10/2001 CONTA	NOME DA CONTA	Mov. Débido	Mov. Crédito
4701	RECEITAS NÃO OPERACIONAIS		
470101001001	VENDA DE INVESTIMENTOS (a)	469.036.525,52	
40702	DESPESAS NÃO OPERACIONAIS		
470201001001	BAIXA DE INVESTIMENTOS (b)		169.561.130,92
	GANHO DE CAPITAL (a) - (b)	299.475.394,60	

Fonte: Balancete de 31/10/2001 (fl. 13.918)

O ganho de capital foi devidamente tributado, de acordo com os dados extraídos da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ 2002 – Ano Calendário 2001), conforme demonstrado a seguir:

Tabela 6 – Tributação do ganho de capital da OPP Química

Registro no DIPJ 2002 (fl. 8229)		Valor (R$)	
41	LUCRO OPERACIONAL	-223.004.251,65	
42	Receita Alien. Bens/Direito do Ativo Permanente	947.829.756,62	inclui R$ 469.036.525,52 (venda Copesul)
43	Outras Receitas Não Operacionais	18.452.368,60	
44	(-) Valor Contábil dos Bens e Direitos Alienados	646.721.378,21	inclui R$ 169.561.130,92 (Baixa Copesul)
45	(-) Outras Despesas Não Operacionais	12.242.679,00	
46	RESULTADO DO PERÍODO DE APURAÇÃO	84.313.816,36	
48	(-) Participação de Empregados	12.787.217,10	
51	LUCRO ANTES DA CSLL	71.526.599,26	
52	(-) Contribuição Social sobre Lucro Líquido	0,00	
53	LUCRO LÍQUIDO ANTES DO IRPJ	71.526.599,26	
54	(-) Provisão para Imposto de Renda	24.997.377,96	
55	LUCRO LIQUIDO DO PERÍODO DE APURAÇÃO	46.529.221,30	

Fonte: DIPJ 2002 (fl. 8229)

Portanto, o ganho de capital da OPP Química, decorrente da venda das ações da Copesul, adquiridas pela OPP PP, foi devidamente declarado e tributado.

A contraprestação da OPP PP pela compra de 20,67% do capital da Copesul foi a assunção de parte da dívida da OPP Química junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no valor de R$ 469.037 mil, de acordo com o item 10 das Notas Explicativas da Administração às demonstrações financeiras de 31 de maio de 2002 da OPP PP (fls. 7330).

Antes de decidir pela consolidação de ativos na Braskem, a intenção do Grupo Odebrecht tinha sido de alienar os ativos detidos no Polo Petroquímico de Camaçari. No entanto, diante da ausência de compradores, o Grupo Odebrecht passou de vendedor a potencial comprador de ativos, conforme descrito no subitem "c" do item I das notas explicativas da administração às demonstrações financeiras de 31 de maio de 2002 (fls. 8071 a 8126) da OPP PP.

Logo, é possível concluir que a operação de venda de ações da Copesul, realizada entre a OPP PP e a OPP Química, constituía passo preparatório para transferência dos ativos petroquímicos da Odebrecht para a Copene, implicando aquisição do controle dessa última e alteração da razão social da Copene para Braskem em 2002

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Conforme Relatório da Administração da Braskem de 2002, os ativos do Grupo Odebrecht integralizados na Braskem incluíram a OPP PP, que por sua vez era 100% controladora do capital votante da OPP Química. Assim, quando esses ativos foram integralizados na Braskem, foram avaliados a mercado pela empresa independente Credit Lyonnais Securities Inc. (USA) (fls. 14824 a 14941).

Em 16 de agosto de 2002, a Copene incorporou a 52114 Participações S.A. e a OPP PP, conforme fls. 483 a 493 do Processo Administrativo nº 13502.721091.2017-68).

De acordo com a Ata de Assembleia Geral Extraordinária da OPP PP, de 16 de agosto de 2002 (fls. 474 a 482), os laudos de avaliação econômica para determinação da relação de substituição das ações de emissão da Copene foram elaborados pela empresa Credit Lyonnais e indicaram os valores de R$ 1.694.681.729,04, da Copene, e de R$ 1.448.114.623,98, da OPP. PP

Tabela 8 – Valor de PL Econômico e Relação de Troca de Ações na Incorporação da OPP PP pela Copene

COMPANHIA	COPENE (Incorporadora)	OPP PP (Incorporada)
Número Atual de Ações Emitidas	1.737.796.398	723.453.689
Valor PL Econômico (R$)	1.694.689.729,04	1.448.114.623,98
Valor Econômico (R$) por lote padrão de Ações	975,19	2.001,67
Lote Padrão de Ações	1.000	1.000
Relação de Troca com base em PL Econômico	2,052592	

Fonte: Protocolo de Justificação da Operação de Incorporação da OPP PP pela Copene

A avaliação do patrimônio líquido contábil foi realizada pela PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes, com base no Balanço Patrimonial da OPP PP, especialmente levantado em 31 de maio de 2002, que emitiu o laudo de avaliação contábil, com acervo líquido a ser vertido para a Copene (antiga denominação da Braskem), no valor de R$ 582.895.431,13, valor que englobava o ágio de R$ 282 milhões pago pela OPP PP na aquisição de ações da Copesul (ágio objeto da autuação fiscal). A OPP PP detinha as seguintes participações diretas:

Tabela 9 – Participações Diretas da OPP PP em 31 de maio de 2002

Participações diretas da OPP Produtos Petroquímicos S.A.	Participação no Capital Total (%)
Odequi Investments Ltd ("OIL")	100,00
Odequi Overseas Inc ("OVERSEAS")	100,00
Odebrecht Química S.A. ("ODEQUI")	98,39
COPESUL - Companhia Petroquímica do Sul ("Copesul") (*)	20,67
(*) os investimentos na COPESUL foram consolidados proporcionalmente, na forma prevista na Instrução CVM 247/96	

Fonte: Demonstrações Financeiras de 31 de maio de 2002 da OPP PP (fls. 8071 a 8126)

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em parecer datado de 5 de julho de 2002, analisou as aquisições dos ativos da empresa Econômico S.A. Empreendimentos (ESAE), pelos grupos Odebrecht e Mariani e constatou que, após o leilão ESAE,

DOCUMENTO VALIDADO

Original

os dois grupos se tornaram controladores indiretos da Copene, por meio da Norquisa, sem que nenhum dos dois fosse controlador individual

É importante lembrar que, em 2001, tanto a OPP Química como a OPP PP eram sociedades anônimas de capital fechado. Somente em 2008, após a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007, que incluiu o § 6º ao artigo 177 da Lei nº 6.404/1976, que se tornou obrigatória a contratação de auditores independentes, devidamente registrados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelas sociedades de grande porte, tornando, portanto, obrigatória a adoção das regras contábeis emitidas pela CVM.

Logo, quando ocorreu a operação entre a OPP Química e a OPP PP, em 05/11/2001, as empresas não eram obrigadas a seguir as normas contábeis editadas pela CVM.

Por fim, destaque-se que tão somente em 11 de setembro de 2008, a Ipiranga Petroquímica S.A. (IPQ) incorporou a Copesul, conforme a Ata de Assembleia Extraordinária (fls. 820 a 824) e em 30 de setembro de 2008, foi aprovada a incorporação da IPQ pela Braskem, conforme a Ata de Assembleia Geral Extraordinária (fls. 846 a 851).

Como se observa de todo o exposto, no caso específico do presente ágio, houve pagamento de tributos sobre o lucro (IRPJ e CSLL) sobre o ganho de capital da alienante (inclusive com registro contábil do ganho de capital no resultado do exercício e seu oferecimento à tributação na Ficha 06A da DIPJ). Ou seja, a adquirente registrou o ágio nos termos mandatórios do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 e somente passou a amortizá-lo depois de 5 anos ao passo que a alienante tributou de imediato o ganho de capital decorrente da alienação da participação societária.

Em um cenário no qual a fiscalização defende a artificialidade do ágio interno e a consequente indedutibilidade das despesas relacionadas com sua amortização, cumpre destacar que o alienante tributou de imediato um ganho de capital de centenas de milhares imediatamente ao passo que o adquirente tomou a dedutibilidade de tal ágio em suaves parcelas de 1/60, sendo que no caso em tela a amortização se iniciou mais de 5 anos depois da operação de aquisição.

Ora estamos diante de um “planejamento tributário” em que se tributa todo o ganho de capital imediatamente (em 2002) e a dedução da outra parte vai ocorrer à razão de 1/60 mais de 5 anos depois (de 2008 em diante).

Que planejamento tributário é esse?

Que planejamento tributário é esse?

Se o ágio interno não deveria ser dedutível de “per si”, também não deveria ser tributável o ganho de capital decorrente de operações de aquisição de participação societária entre partes dependentes. Infelizmente, não temos visto um tratamento simétrico entre tais tributações, o que faz com que o Estado não se incomode em tributar os ganhos “internos” de capital, mas não permita deduzir em 1/60 os ágios “internos”, ainda que tais operações sejam legítimas.

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

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

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

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

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

Sob a ótica de uma demonstração financeira consolidada, as operações intragrupo acabam sendo anuladas, de forma que uma eventual aquisição de participação societária entre duas empresas do mesmo grupo acabam sendo anuladas quando demonstradas (evidenciadas) nas demonstrações consolidadas. O mesmo não se pode dizer das demonstrações individuais, que são utilizadas para fins de tributação.

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

Dessa forma, a partir da premissa das demonstrações consolidadas surgem posições abalizadas da doutrina sobre a inexistência de ágio em operações entre partes dependentes.

DOCUMENTO VALIDADO

Talvez o mais citados dos estudos sobre o tema seja o artigo "A Incorporação Reversa com Ágio gerado Internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade", escrito pelo então doutorando Jorge Vieira da Costa Junior e pelo professor Eliseu Martins, artigo apresentado ao Congresso USP de Contabilidade e Controladoria.

Os seguintes trechos do referido artigo merecem ser citados:

> *"Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.*
>
> *(...)*
>
> *O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também"*[13].

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

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

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

> *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*

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

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

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

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

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

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

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

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço*[14].

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

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

> *O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.*
>
> *Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.*
>
> *Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada*[15].

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Mais uma vez, é trazida a questão de não faria sentido econômico um ágio interno, no entanto, o artigo conclui que: "entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal". Logo, há respaldo legal para tal operação, que acaba por dar respaldo econômico. Vale notar que o artigo é da época em que vigia o artigo 36 da Lei n. 10.637/02.

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

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

> *"o inconformismo dos autores a esse respeito se dava à luz não de estarem as empresas descumprindo normas contábeis vigentes; exatamente pelo contrário: as normas em vigor, na sua visão, permitiam o que eles não consideravam como o melhor para a informação contábil brasileira.*
>
> *(...)*
>
> *Mas não podemos deixar de reconhecer que, do ponto de vista normativo, nada impedia, pelo contrário, era-se obrigado a reconhecer esses resultados até a efetiva entrada em vigência da ICPC 09. E como contrapartida desse reconhecimento tem-se o registro, na adquirente, pelo valor total referente à transação. Desde, é claro, que tais valores tenham substância econômica"* [16].

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O diretor relator Otávio Yazbek assinalou que embora o CPC 15 não seja aplicável em caso de combinações de negócios sob controle comum, também é importante que seja

DOCUMENTO VALIDADO

reconhecido que tal não aplicação do CPC 15 decorre do fato que tal norma foi elaborada pensando-se no âmbito das demonstrações financeiras consolidadas.

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, outra questão interessante é a seguinte.

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

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

Ágio interno: o artigo 36 da Lei n. 10.637/02 e a indução ao "ágio interno"

Durante o período compreendido entre 01/01/2003 e 21/11/2005, esteve em vigência o artigo 36 da Lei n. 10.637/02 o qual dispunha sobre uma hipótese de ágio gerado internamente com a constituição de sociedade veículo nos seguintes termos:

> *"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.*
>
> *§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:*
>
> *I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;*
>
> *II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.*
>
> *§ 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."*

DOCUMENTO VALIDADO

Dessa forma, no período em que o artigo em comento esteve em vigência, era possível que uma sociedade "A", que possuísse participação societária em outra sociedade "B", constituísse uma terceira sociedade "C" mediante a integralização das quotas que representam a participação societária em "B" avaliadas a valor de mercado. Tal diferença entre o valor pelas quais as quotas foram integralizadas e o valor contábil das mesmas não era computado na determinação do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Assim, era possível que houvesse a geração de um ágio interno dentro de um grupo econômico por meio de uma operação de combinação de negócios mediante a constituição de "sociedade veículo", que surgia e era extinta em um breve período de tempo. Cumpre ressaltar que tal artigo foi revogado pela Lei 11.196/05, de forma que a partir de 2006 não é mais possível elaborar uma operação nesses moldes.

Por mais que cada indivíduo possa ter um diferente juízo de valor acerca de tal autorização legislativa, destaque-se que o legislador determinou de forma expressa a possibilidade de geração deste "ágio interno", de forma que havia uma indução à realização de tais operações, isto é, os contribuintes que praticaram tais operações apenas seguiram a determinação do legislador.

Não nos parece razoável que um ágio gerado antes da revogação do artigo 36 da Lei n. 10.637/02 venha a ser desconsiderado sob a justificativa de se tratar de um ágio interno. É como se o Poder Legislativo expressamente autorizasse e incentivasse que os contribuintes praticassem um determinado ato (durante o período de vigência da lei), mas o Poder Executivo venha anos depois desconsiderar a dedutibilidade dos ágios gerados nas operações que tão somente seguiram a lei.

Além disso, é importante destacar que o artigo 36 da Lei n. 10.637/02 não trazia uma não tributação de quem integralizou a participação societária com ágio, mas tão somente o diferimento da tributação de tal ganho de capital.

Dessa forma, a existência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02 por si só era motivo suficiente para amparar as operações entre partes dependentes que geraram ágio interno, sob pena de descumprimento a uma série de preceitos que embasam o Estado de Direito, dentre os quais a segurança jurídica, a proteção da boa-fé e da confiança legítima.

Cumpre ressaltar ainda que o referido artigo foi expressamente revogado pela Lei n. 11.196/05, mas em tal oportunidade o legislador não quis vedar o ágio interno, o que só veio a acontecer com a edição da Lei n. 12.973/14, o que demonstra de maneira indireta que o legislador sabia do cenário do ágio interno e não proibiu a sua amortização, ainda que tenha extinguido o diferimento do ganho de capital para a "alienante" que recebeu um sobrepreço de outra empresa do mesmo grupo econômico.

O surgimento de uma proibição expressa à amortização do ágio interno com a edição da Lei n. 12.973/14 pode ser entendido como uma validação de que tal situação era permitida antes desta proibição. Embora tal interpretação possa estar sujeita a críticas, é

DOCUMENTO VALIDADO

importante destacar que é a interpretação que mais se coaduna com o princípio da segurança jurídica, permitindo que os contribuintes possam ter previsibilidade e calculabilidade das consequências de seus atos, de forma que somente a partir da proibição expressa é que os contribuintes podem saber de antemão qual será a consequência da aquisição com ágio de participação societária entre partes dependentes.

Tal interpretação não implica a validação da premissa de que todo ágio entre partes dependentes antes da Lei n. 12.973/14 era válido. Isto é, as autoridades fiscais dispunham de instrumentos para fiscalizar e autuar ágios que não possuíssem essência econômica ou que decorressem de operações fraudulentas ou simuladas.

Para tanto, bastaria que houvesse um procedimento de fiscalização meticuloso demonstrando a artificialidade das transações com o intuito de gerar o ágio por meio da comprovação da fraude ou da simulação.

Tendo em vista a vigência do referido artigo e que o contribuinte somente começou a amortizar o ágio a partir de 2008, me parece que seria muito mais tranquilo se o contribuinte tivesse amortizado durante a vigência do referido dispositivo legal. Ao não ter feito isso, há um indício de que o contribuinte entendia que seu ágio era plenamente dedutível, caso contrário teria deliberadamente iniciado a amortização naquele momento de viés mais favorável.

Ágio interno: da inexistência do teste do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro

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

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

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

No caso concreto, nota-se que o adquirente jurídico do investimento com ágio foi incorporado pela adquirida, ou seja, todos os requisitos formais foram devidamente cumpridos.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional permite a revisão do lançamento tributário quando há comprovação de que o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

Tal comprovação deve ser inequívoca, o que somente pode ser feito quando se comprova que o contribuinte agiu em desacordo com a lei.

Mais uma vez, no caso concreto, o contribuinte seguiu o artigo 7º da Lei n. 9.532/97. A conduta dolosa exigida pelo artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional pressupõe que o contribuinte tenha total ciência de que esteja agindo em desacordo, o que não acontece em um caso em que inexiste uma vedação expressa.

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que todo a operação de aquisição foi devidamente formalizada e registrada publicamente, o que implica que não há nada escondido.

Feitas tais considerações, o uso da teoria do propósito negocial sem que ela esteja internalizada em nosso ordenamento jurídico (e muito pelo contrário tenha sido expressamente rechaçada em duas oportunidades pelo Congresso Nacional) acaba funcionando como um atalho para que não haja a devida fundamentação dos fatos como fraude ou simulação.

Em outras palavras, em um cenário em que não há proibição legal ao ágio interno e que não há a adoção da teoria do propósito negocial no ordenamento jurídico, a fiscalização ampara suas conclusões em duas frágeis colunas não amparadas por lei, quando até poderia tentar comprovar eventualmente que se trataria de uma operação fraudulenta ou simulada.

Da Transferência de Ágio: inexistência de proibição legal e sua lógica

Muitos têm sido os casos no CARF em que é discutida uma potencial transferência do ágio, sendo que as operações com tal consequência teriam de "per si" uma artificialidade ou seriam proibidas.

Mais uma vez, tal qual as questões atinentes ao ágio interno, há transferências legítimas e ilegítimas de ágio.

Vale ressaltar que o artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 traz uma obrigatoriedade de desdobramento do custo de aquisição ao dispor que: "o contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:".

DOCUMENTO VALIDADO

Assim, não há opção de não desdobrar o custo de aquisição. Note-se que o artigo não faz menção à aquisição se dar entre partes dependentes (inclusive na redação após a Lei n. 12.973/14, há vedação no que tange à exclusão do valor de ágio entre partes dependentes no LALUR, mas permanece a obrigatoriedade de registro de desdobramento do custo de aquisição ainda que seja uma operação entre partes dependentes).

Como decorrência de tal dispositivo legal, o contribuinte desdobra o seu custo de aquisição de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial em Investimento, Mais ou menos valia de ativos e Ágio (ou até a alteração legal da Lei n. 12.973/14 em: Investimento e Ágio).

A segregação do montante de Investimento tem a sua razão de ser, uma vez que tal saldo estará sujeito a mudanças em virtude do resultado de equivalência patrimonial. Não se trata de demanda específica da área tributária, uma vez que o registro da equivalência patrimonial em conta de Investimento decorrer de norma contábil. A título de exemplo, este é o teor do Pronunciamento Contábil n. 18 (CPC 18 – Investimentos), que se lastreia na norma internacional "IAS 28", que é aplicável a mais de uma centena de países.

Ninguém tem dúvidas de que se a participação societária for vendida, integrará o custo de tal participação societária tanto o montante do Investimento quanto o montante do Ágio (e também o da Mais ou menos valia de ativos).

O mesmo vale quando a participação societária é integralizada ao capital de outra sociedade. Vale notar que ao tratar da tributação do ganho de capital, o legislador tributário trouxe uma conceito amplo de alienação, que abrange compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins, conforme pode ser observado abaixo:

> *Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (...)*
>
> *§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.*

Assim, se o conceito é amplo para alienação, também deve ser para aquisição, de modo que sempre deve ser feito o desdobramento do custo de aquisição de participação societária nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

DOCUMENTO VALIDADO

Dessa forma, desde que haja o desdobramento do custo de aquisição e o cumprimento dos requisitos exigidos para dedução do ágio, não há problemas de "per si" na transferência do ágio.

Dedutibilidade do Ágio para fins de CSLL

A Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) foi instituída pela Lei n. 7.689/88, havendo previsão expressa na referida lei de que o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, sofrerá alguns ajustes para se chegar à base de cálculo da CSLL.

> *Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.*
>
> *§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:*
>
> *a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;*
>
> *b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;*
>
> *c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
>
> *1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
>
> *2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
>
> *3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
>
> *4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)*
>
> *5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)*
>
> *6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)*

DOCUMENTO VALIDADO

Como se observa, não há qualquer menção nos referidos ajustes às despesas de amortização de ágio.

Muitas vezes o artigo 57 da Lei 8.981/95 é utilizado como fundamento para que uma determinada disposição de indedutibilidade na base de cálculo do IRPJ também seja aplicável para a CSLL. Nessa linha, é importante analisar o referido dispositivo:

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

Todavia, a partir da leitura do referido artigo só é possível inferir que as normas de apuração e de pagamento devem ser as mesmas.

Em outras palavras, se o contribuinte está no Lucro Presumido para fins de IRPJ, também estará no Lucro Presumido para fins de CSLL. Por sua vez, se o contribuinte está no Lucro Real para fins de IRPJ, também apurará pela mesma metodologia para fins de CSLL.

Não há nenhuma identidade de bases de cálculo por conta do referido dispositivo tanto que há o seguinte excerto: "mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor", o que denota que as bases de cálculo não estão sendo reguladas pelo mencionado artigo.

O disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95 também foi repetido em atos infralegais, ainda que com pequenas distinções, conforme abaixo:

> *Instrução Normativa SRF n. 93/97*
>
> *Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido **as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda** das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.*
>
> *Instrução Normativa SRF n. 390/04*
>
> *Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, **aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ** e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, **mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL**.*
>
> *Instrução Normativa RFB n. 1700/17*
>
> *Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, **aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ** e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às*

DOCUMENTO VALIDADO

> *penalidades, às garantias e ao processo administrativo, **mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL**.*

Com exceção da Instrução Normativa n. 93/97, as demais instruções normativas estabelecem expressamente que ainda que haja igualdade nas normas de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL, são mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas ne legislação da CSLL.

Hiromi Higuchi assinala que a falta da expressão "mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL" na redação da Instrução Normativa SRF 93/97 fez com que vários autos de infração fossem indevidamente lavrados, conforme segue:

> *Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.*
>
> *O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).*

Felizmente, tal ponto foi corrigido nas instruções normativas anteriores que foram mais fieis ao texto do artigo 57 da Lei 8.981/95, sem que com isso tenham acabado as autuações fiscais relativas ao tema.

Um outro dispositivo legal comumente utilizado como fundamento para que as despesas não necessárias venham a ser considerada como indedutíveis na base de cálculo da CSLL é o artigo 13 da Lei n. 9.249/95, cujo teor é o seguinte:

> *Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, **são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506**, de 30 de novembro de 1964:*
>
> *I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*
>
> *III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;*
>
> *IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;*
>
> *V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;*
>
> *VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;*
>
> *VII - das despesas com brindes.*
>
> *VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.*

É interessante notar que o referido artigo se refere às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL visto que expressamente assinala que: "para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções".

Aqui sim temos um dispositivo que não é exclusivo do IRPJ e se aplica também à CSLL.

Cumpre notar que não há indedutibilidade das despesas de amortização de ágio ao longo dos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.249/95, de forma que a base legal para a indedutibilidade de tais despesas para fins de IRPJ continua sendo o artigo 47 da Lei n. 4.506/64.

Há quem interprete que o caput do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 implica a aplicação das indedutibilidade previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, uma vez que o artigo 13 da Lei n. 9.249/95 menciona que "são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964".

Não me parece que essa menção de que as indedutibilidade previstas no artigo 13 da Lei n. 9.249/95 sejam independentes daquelas previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 tenha o intuito e muito menos a consequência de tornar indedutíveis para a CSLL as despesas não necessárias.

Assim, me parece forçoso interpretar que essa menção que as indedutibilidade são independentes tenha o condão de igualar a indedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no que tange às despesas não necessárias.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

> *O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)*
>
> *E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual "aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei". **Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada**. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)*

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

DOCUMENTO VALIDADO

ANEXO I
TABELA DE ADIÇÕES AO LUCRO LÍQUIDO
(Anexo I da Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017.)

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição Exclusão Relaciona a(*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Ajustes de Avaliação Patrimonial	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291 e art. 309-A, §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Contratos de Concessão de Serviços Públicos	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo - restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Não Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, e art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da realização do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, caput e § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Não Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, caput e § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

> *Instrução Normativa SRF 390/04*
>
> *Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:*
>
> *I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata: (...)

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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

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

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

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumpre notar que diferentemente do que é comumente apregoado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa por rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

Por fim, nas discussões ocorridas durante a sessão, ao tentar se aproximar a amortização do ágio de um benefício ou incentivo fiscal, deu-se uma impressão de que haveria algum ajuste a ser feito relativo à amortização do ágio no que tange ao IRPJ e à CSLL. Vale notar que à época dos fatos geradores o ágio estava sujeito à amortização contábil, visto que era parte do grupo de contas do Ativo Diferido após operação de incorporação, sendo que os itens do Ativo Diferido eram amortizados, nos termos do então vigente artigo 183, §3º, da Lei n. 6.404/76. Assim, havia uma despesa de amortização diminuindo o lucro contábil, de modo que se tornava necessária previsão explícita para que tal despesa fosse indedutível na base da CSLL, o que não ocorria na Lei n. 9.532/97. Ou seja, somente haveria algum ajuste a ser feito se houvesse previsão de uma adição, caso contrário para que houvesse o efeito de dedutibilidade, não havia necessidade de nenhum ajuste na apuração da CSLL.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Alexandre Evaristo Pinto

(assinado digitalmente)

DOCUMENTO VALIDADO