



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 15563.720274/2015-13  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-006.850 – CSRF / 1ª Turma  
**Sessão de** 5 de março de 2024  
**Recorrente** SENDAS DISTRIBUIDORA S/A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.**

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO. São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPEAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO. A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPEAS. FATOS ESPONTÂNEOS. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO. A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de

10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

ART. 36 DA LEI 10.637 DE 2002. DIFERIMENTO DE GANHO DE CAPITAL. TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA SEM REPERCUSSÃO NA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO DECORRENTE DA REAVALIAÇÃO DAS AÇÕES. Os eventos decorrentes de reestruturação societária sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não tem nenhuma repercussão na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. A real sociedade investidora, que promoveu a reavaliação das ações valendo-se do permissivo de diferimento de ganho de capital, não participa do evento de modificação societária que autoriza a utilização da despesa de amortização do ágio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jeferson Teodorovicz (suplente convocado) que votaram por dar provimento. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Jeferson Teodorovicz (substituto), Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Ausentes os conselheiros Luciano Bernart, substituído pelo conselheiro Jeferson Teodorovicz, e a conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

## Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por SENDAS DISTRIBUIDORA S/A ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1201-002.104, na sessão de 16 de março de 2018, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora. Vencidos os conselheiros, Luis Henrique Marotti Toselli, Luis Fabiano Alves Penteadó e Gisele Barra Bossa que davam integral provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA CONSTITUÍDA POR DOIS GRUPOS ECONÔMICOS. JOINT VENTURE. INDEDUTIBILIDADE.

Incabível a dedução de amortização de ágio decorrente de operação societária consistente na capitalização de empresa em que dois grupos econômicos detinham 50% cada no capital (joint venture societária), sendo esta capitalização respectivamente com quotas capital das subsidiárias que cada um dos dois grupos econômicos constituiu com seus respectivos bens, reavaliados, gerando ágio, e a posterior incorporação pela joint venture societária dessas duas subsidiárias, resultando ao final que ambos grupos econômicos continuaram cada com 50% do capital da joint venture societária.

ERRO MATERIAL. APURAÇÃO DE OFÍCIO. PERÍODO DE APURAÇÃO PRECEDENTE. OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Erro material na apuração de ofício de infração, relativa a período precedente, autuado em outro processo administrativo e corrigido nos julgamentos de 1ª e 2ª instâncias daquele processo, não traz consequências ao presente processo.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS.

Procede o pleito de que o lucro e a base de cálculo da autuação sejam reduzidos até o limite legalmente autorizado, pelos prejuízos acumulados e bases de cálculo negativas, porém apurados após o deslinde dos processos administrativos relativos aos períodos de apuração precedentes e confirmação dos saldos disponíveis para tal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012

DECADÊNCIA.

Na hipótese de fato que produza efeito em períodos diversos daquele em que ocorreu, a decadência não tem por referência a data do evento registrado na contabilidade, mas sim, a data de ocorrência dos fatos geradores em que esse evento produziu o efeito de reduzir o tributo devido.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO E PERCENTUAL. LEGALIDADE

Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Aplica-se ao lançamento decorrente, o decidido no principal.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2011 e 2012, a partir da constatação de dedução indevida de amortizações de ágio formado na constituição da Contribuinte, como *joint venture*, mediante aporte, a valor de mercado, de ações detidas pelos Grupos Sendas e Pão de Açúcar. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 1406/1416). O Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento parcial ao recurso voluntário para *reconhecer o direito a compensação de prejuízos e bases de cálculo da CSLL* (e-fls. 1549/1577).

Os autos do processo foram remetidos à PGFN, que manifestou ciência sem interpor recurso especial (e-fl. 1579).

Antes de ser cientificada do acórdão, a Contribuinte opôs embargos de declaração, bem como questionou a liquidação do julgado. Os embargos foram rejeitados em exame de admissibilidade e referiam os seguintes vícios (e-fls. 1698/1707):

- Omissão acerca de argumentos do recurso voluntário referidos como *considerações recursais quanto às vantagens/desvantagens de procedimentos comparados*, considerados *irrelevantes frente à convicção, do Colegiado a quo, de que a hipótese concreta apreciada é de “ágio de si mesmo”*; e
- Obscuridade em relação à arguição de *erro de quantificação da exigência por falta de compensação do prejuízo acumulado e bases negativas de CSLL de períodos anteriores*, não identificada no acórdão recorrido e que não poderia ser inferida a partir dos despachos exarados por ocasião da liquidação do julgado.

Cientificada da rejeição dos embargos em 25/08/2021, a Contribuinte também interpôs recurso especial em 08/09/2021 (e-fls. 1714/2084) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2092/2110, do qual se extrai:

**1 - Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio.**

[...]

Desse modo, proponho que seja NEGADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte em relação à divergência tratada neste primeiro tópico.

**2- Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito.**

Em relação à admissibilidade da matéria tratada no segundo tópico, cabe destacar os seguintes trechos do recurso especial:

[...]

Vê-se que o paradigma apresentado, Acórdão n.º 1302-001.977, consta do sítio do CARF, e que ele, até a data da interposição do recurso especial, não foi reformado na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esse paradigma serve para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Isso porque ele também examinou a questão do ágio na perspectiva do abuso de direito, diante de situação que envolvia operação de reavaliação patrimonial (pela expectativa de rentabilidade futura), no contexto dos chamados ágio interno e ágio de si mesmo.

No caso do paradigma, o ágio foi gerado na reavaliação da empresa COPAGAZ. A empresa veículo SIGMA passou a deter a participação societária da empresa COPAGAZ (já reavaliada, pela expectativa de rentabilidade futura) no lugar dos antigos sócios, contabilizando ágio em sua escrituração. Na sequência, SIGMA foi incorporada por COPAGAZ, que passou a amortizar o ágio decorrente daquela reavaliação.

A situação é bem semelhante à que foi examinada nos presentes autos.

Entretanto, diferentemente do acórdão recorrido, o paradigma admitiu a dedução do ágio, rejeitando a glosa que estava fundada na tese do abuso de direito.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte em relação à divergência tratada neste segundo tópico.

### **3- Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002.**

Em relação à admissibilidade da matéria tratada no terceiro tópico, cabe destacar os seguintes trechos do recurso especial:

[...]

Vê-se que o paradigma apresentado, Acórdão n.º 1301-001.297, consta do sítio do CARF, e que ele não foi reformado na matéria que poderia aproveitar à recorrente.

Além disso, esse paradigma serve para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial.

Isso porque ele também examinou a questão do ágio na perspectiva da conjugação do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 com os arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.542/97, diante de situação que envolvia operação de reavaliação patrimonial (pela expectativa de rentabilidade futura), no contexto dos chamados ágio interno e ágio de si mesmo.

No caso do paradigma, o ágio foi gerado na reavaliação da empresa ZANOTTI S/A. A empresa ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA passou a deter a participação societária da empresa ZANOTTI S/A (já reavaliada, pela expectativa de rentabilidade futura) no lugar da antiga sócia ZANOTTI ADMINISTRADORA, contabilizando ágio em sua escrituração. Na sequência, ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA foi incorporada por ZANOTTI S/A, que passou a amortizar o ágio decorrente daquela reavaliação.

A situação é bem semelhante à que foi examinada nos presentes autos.

Entretanto, diferentemente do acórdão recorrido, o paradigma admitiu a dedução do ágio.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte em relação à divergência tratada neste terceiro tópico.

### **4- Da obrigatoriedade da aplicação de todos os efeitos tributários extraíveis de Negócio Jurídico Indireto em razão da reclassificação fiscal.**

[...]

Desse modo, proponho que seja NEGADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte em relação à divergência tratada neste quarto tópico.

**5- Do reconhecimento da existência de propósito negocial, mas da manutenção da glosa da amortização do ágio.**

[...]

Desse modo, proponho que seja NEGADO SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte em relação à divergência tratada neste quinto e último tópico.

[...]

Diante das considerações contidas no parecer acima, que aprovo e adoto, **DOU SEGUIMENTO** ao recurso especial da contribuinte em relação às divergências tratadas nos tópicos “2- Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito” e “3- Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei nº 10.637/2002”.

E **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso para as divergências tratadas nos tópicos “1- Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio”; “4- Da obrigatoriedade da aplicação de todos os efeitos tributários extraíveis de Negócio Jurídico Indireto em razão da reclassificação fiscal; e “5- Do reconhecimento da existência de propósito negocial, mas da manutenção da glosa da amortização do ágio”.  
(*destaques do original*)

Ciente da admissibilidade parcial, a Contribuinte não apresentou agravo.

A Contribuinte inicialmente descreve o contexto das operações questionadas, no seguintes termos:

8. Antes de adentrarmos efetivamente no cumprimento dos requisitos para admissibilidade do recurso e no mérito das discussões, necessário se faz expor, de forma breve, o contexto das operações societárias que culminaram com constituição da Recorrente, resultado da associação entre dois grandes grupos varejistas do Brasil, a qual veio a se consumar no ano de 2004, de modo a demonstrar a necessidade de reforma da decisão recorrida, que:

(i) considerou a reorganização societária da qual a Recorrente resultou como negócio jurídico indireto não oponível ao fisco, impossibilitando, assim, a amortização do ágio;

(ii) reconheceu o propósito negocial da reorganização, mas, ao mesmo tempo, tratou-a como negócio jurídico indireto não oponível ao fisco;

(iii) o ágio resultou de operação entre partes relacionadas, portanto, “que as operações em sequência terminaram produzindo ágio interno e o ágio de si mesmo”; e

(iv) “este dispositivo [art. 36 da Lei nº 10.637] não dá azo ao contribuinte criar situações artificiais de aproveitamento de ágio. Portanto, comprovado está o abuso de direito na medida que pelas provas dos autos constatou-se que os valores atribuídos às integralizações nas sociedades de passagem foram artificialmente rebaixados, com o objetivo de maximizar ágio dos investimentos” (fls. 1569).

**III – RESUMO DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS QUE ENSEJARAM A CONSTITUIÇÃO DA RECORRENTE****III.1 – Considerações gerais sobre a *joint venture* entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas**

9. Antes de demonstrarmos a divergência entre a decisão recorrida frente a outras prolatadas pelo CARF, necessário se faz explicar a reorganização societária, o que possibilitará compreender as razões pelas quais o r. Acórdão 1201-002.104 deve ser reformado.

10. Pois bem. A Recorrente foi – e continuou sendo durante sete anos, o que demonstra a nítida intenção de perenidade do negócio e o *affectio societatis* entre seus formadores – a sociedade resultante de uma associação (*joint venture*) entre dois grandes grupos varejistas do Brasil, a qual veio a se consumar no ano de 2004.

11. De um lado, encontrava-se o Grupo Pão de Açúcar, e, de outro, o Grupo Sendas, cada um comandado por figuras amplamente conhecidas (e reconhecidas) em todo o mercado.
12. Dada a relevância de ambos os grupos para o mercado em geral, mesmo antes da divulgação do fato relevante acerca da associação, que ocorreu em 08 de dezembro de 2003, já havia repercussão na mídia acerca da operação.
13. Conforme devidamente informado no referido fato relevante, o Grupo Sendas, então líder de vendas no varejo do Rio de Janeiro, operava no varejo havia mais de 43 anos, exclusivamente no Estado do Rio de Janeiro, através de uma rede multi-formato com 68 lojas, das quais 6 eram hipermercados e 62 eram supermercados, totalizando uma área de vendas de 229.000m<sup>2</sup> e faturamento bruto anualizado superior a R\$ 2 bilhões.
14. Por sua vez, o Grupo Pão de Açúcar, maior rede de supermercados do país, contava com 496 lojas em 12 Estados brasileiros, sendo que, no Estado do Rio de Janeiro – território em que a operação seria implementada –, operava 38 lojas, sendo 9 hipermercados e 29 supermercados, em uma área de vendas de 95.000m<sup>2</sup>, com faturamento anualizado da ordem de R\$ 1,5 bilhão em 2003.
15. Note-se que os dados acima indicados evidenciam, nitidamente, que a participação do Grupo Sendas no *market share* do Estado do Rio de Janeiro era superior à do Grupo Pão de Açúcar, o que corrobora o efetivo interesse comercial do Grupo Pão de Açúcar na associação com o Grupo Sendas, a fim de ampliar sua área de atuação neste território.
16. De outra parte, o Grupo Sendas tinha efetivo interesse na associação em razão de que, na época, vinha apresentando prejuízos, bem como um alto grau de endividamento. Com efeito, o Sendas havia obtido financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”), o que acabou sendo assumido pela Sendas Distribuidora, ora Recorrente.
17. É importante lembrar que a criação da *joint venture* ocorreu em um momento em que as empresas varejistas estrangeiras estavam ingressando de forma agressiva no mercado brasileiro, razão pela qual a associação entre o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar, dois fortes grupos brasileiros, contribuiria para manter o fortalecimento de ambos.
18. Conforme amplamente noticiado pela imprensa, bem como divulgado nos fatos relevantes e comunicado ao mercado, com a associação entre o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar esperava-se obter um ganho de eficiência com o aumento da escala e a diluição dos custos no Estado do Rio de Janeiro.
19. Ainda, não se pode perder de vista que foi amplamente noticiado que a expectativa de faturamento da Sendas Distribuidora, ora Recorrente, no ano de 2004, era de R\$ 3,5 bilhões, sendo que o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas acreditavam que com a união seria possível ampliar as vendas da rede Sendas, bem como a quantidade de lojas, o que, de fato revelou-se verdadeiro.
20. Além disso, as redes do Grupo Sendas e do Grupo Pão de Açúcar eram consideradas complementares, o que justificava ainda mais sua união.
21. Embora fosse esperado prejuízo da rede Sendas no fechamento de 2003, o objetivo era que a Sendas Distribuidora, ora Recorrente, chegasse aos patamares de rentabilidade do Grupo Pão de Açúcar.
22. De se mencionar que, não obstante todas as melhoras na gestão e no grau de eficiência operacional da rede Sendas implementada pelo Grupo Pão de Açúcar, a Sendas Distribuidora, ora Recorrente, continuava com um alto grau de endividamento, razão pela qual o Grupo Sendas e o Grupo Pão de Açúcar celebraram um contrato junto ao AIG, por meio do qual este investiria o equivalente a US\$ 50 milhões em reais na Sendas Distribuidora, mediante subscrição e integralização de 157.082.802 ações preferenciais classe B da Sendas Distribuidora, passando a deter 14, 86% de seu capital social.

23. Com isso, a participação do Grupo Pão de Açúcar e do Grupo Sendas foi reduzida para 42,57% cada, mantendo-se, todavia, o mesmo percentual de participação para ambos.
24. Mesmo com todos os esforços efetivamente envidados pelo Grupo Pão de Açúcar em relação à melhoria da gestão da rede Sendas, não foi possível melhorar o grau de endividamento da Sendas Distribuidora, além de que a rede Sendas vinha acumulando prejuízos trimestre após trimestre. Por esta razão, a associação do Grupo Pão de Açúcar com o Grupo Sendas passou a ser considerada pelo mercado como problemática.
25. Conforme amplamente noticiado, o endividamento do Grupo Pão de Açúcar – grupo composto por diversas empresas e marcas atuantes em diversos setores – estava em R\$ 1,9 bilhão, sendo que, deste total, a participação na Sendas Distribuidora – que se restringia a apenas parte do mercado do Rio de Janeiro –, sozinha, respondia por R\$ 1 bilhão, ou seja, mais da metade do endividamento total do Grupo Pão de Açúcar.
26. Além disso, a rede Sendas passou a apresentar problemas de competitividade, vez que no Rio de Janeiro havia uma competição mais acirrada entre os *players* atuantes no varejo, ensejando que os supermercados fossem mais agressivos em termos de preço e de gastos com propaganda.
27. Ainda assim, o Grupo Pão de Açúcar continuava acreditando no alto valor estratégico decorrente da associação com o Grupo Sendas, em razão da liderança da rede Sendas no Rio de Janeiro, considerado o segundo maior mercado brasileiro.
28. Todavia, com as dificuldades encontradas no Rio de Janeiro, bem como com o enfraquecimento da marca Sendas, o Grupo Pão de Açúcar acabou interrompendo os investimentos na expansão da rede Sendas, no mesmo momento em que foram retomadas as negociações para a aquisição da participação detida pela família Sendas pelo Grupo Pão de Açúcar.
29. É importante considerar que, de acordo com os termos da *joint venture*, a família Sendas poderia exercer, desde fevereiro de 2007, sua opção de venda do restante de sua participação no capital social da Sendas Distribuidora. Porém, as partes não chegavam em um acordo sobre a forma como a transferência do controle acionário da Sendas Distribuidora seria efetivada.
30. Inclusive, convém notar que, em 2006, o Sr. Arthur Sendas instaurou procedimento arbitral em face do Grupo Pão de Açúcar por entender que teria havido mudança de controle acionário do CBD em maio de 2005, quando o Sr. Abílio Diniz e o grupo francês Casino criaram uma nova *holding* com 65,5% das ações com direito a voto na CBD, na qual, por sua vez, metade do controle era detido por Abílio Diniz e a outra metade pelo Casino, sendo certo que, nos termos do acordo de acionistas assinado na criação da Sendas Distribuidora, eventual mudança de controle acionário do CBD dispararia o direito de venda da participação do Grupo Sendas na Sendas Distribuidora, ora Recorrente. Por sua vez, o Grupo Pão de Açúcar discordava de tal entendimento, por acreditar que o que teria havido era um compartilhamento de controle, não transferência de controle.
31. Note-se, ainda, que nesta mesma ocasião, a família Sendas pretendia trocar suas ações integralizadas na Sendas Distribuidora por ações preferenciais da CBD, conforme lhe autorizava o acordo de acionistas. Esta questão também passou a ser objeto de discussão entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas.
32. Apenas em fevereiro de 2011 – portanto, após mais de 7 anos do início da *Joint Venture* é que ficou acordado que o Grupo Pão de Açúcar adquirisse a totalidade da participação detida pela família Sendas, passando a deter a totalidade das ações da Sendas Distribuidora. Para a referida aquisição, o Grupo Pão de Açúcar se comprometeu a efetuar o pagamento de R\$ 377 milhões, em sete parcelas, ao longo de seis anos, dando fim ao conturbado “casamento” de sete anos ocorrido entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas.

33. Como se vê, não há dúvidas de que a associação entre o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas constituiu genuíno negócio, subordinado à realidade econômica que lhe era subjacente.

34. Feitas essas considerações iniciais, cumpre agora à Recorrente combater os argumentos das autuações e da decisão da D. DRJ, especialmente no que concerne à equivocada aplicação do instituto da simulação ao caso dos presentes autos.

### **III.2 – Das operações societárias das quais resultaram a Recorrente**

35. Neste ponto, cumpre ressaltar que desde o início das conversações entre os Grupos Pão de Açúcar e Sendas foi fixada uma premissa negocial para implementação da *joint venture*, qual seja: que ambos os lados contribuíssem a valor de mercado os respectivos negócios [nos quais obviamente incluíam-se os pontos comerciais e respectivos contratos de locação de suas lojas, dentre outros].

36. Com efeito, a atribuição de valor de mercado às participações aportadas na Associação foi uma medida tomada com o fim de conferir a adequada transparência à transação, haja vista que o valor da nova companhia (a Recorrente) passou a ser representado nas demonstrações financeiras com base em seu justo valor de mercado, de modo que ficasse claro para os investidores de cada uma das companhias participantes do negócio a relação entre os ativos e passivos aportados e a correspondente participação societária de cada um no capital da Recorrente.

37. Ou seja, a combinação de negócios a valor de mercado era condição absolutamente necessária para duas partes independentes e com acionistas minoritários, cada uma.

38. De toda forma, dentre os vários caminhos jurídicos existentes para que a associação fosse implementada, o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas optaram pela constituição de sociedades de propósito específico (Rio Patea e Serra do Andaraí) que reunissem, em princípio, o patrimônio que seria aportado na associação (a valor contábil), para posterior conferência a mercado das participações societárias de tais sociedades (conferência esta sujeita ao disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/02).

39. A Recorrente assim procedeu porque o citado o art. 36 possibilitava a avaliação a mercado de participação societária, o que, no seu caso específico ajudou – e muito – a equalização das participações dos dois grupos que as constituiu. Mais do que isto: graças à existência de tal dispositivo é que foi possível, em tempo curtíssimo, implementar a Associação, tal como se estabeleceu no Memorando de Entendimentos e no respectivo Acordo de Acionistas (que, apesar de mencionado e acostado aos presentes autos, não foram lidos de maneira cuidadosa pela fiscalização).

40. Assim, no contexto da operação efetivamente levada a efeito, coube à Recorrente receber as participações em Rio Patea e Serra do Andaraí já avaliadas pelos valores de mercado e, em seguida, absorver os respectivos acervos patrimoniais para consolidar a *joint venture* com patrimônio líquido valorado a preço de mercado.

41. Pode-se agora perguntar: por que, então, Grupo Pão de Açúcar e de Grupo Sendas não efetuaram aumento de capital diretamente com os ativos e passivos na Recorrente?

42. A resposta a tal indagação, sem considerar qualquer impacto de ordem tributária: o aumento direto na Recorrente pelas partes envolveria a necessidade de entrega de diversos ativos em integralização, destacando-se os estoques de cada um dos inúmeros estabelecimentos e os respectivos pontos comerciais, além de inúmeras obrigações correlatas em lugar de dois – e somente dois! – ativos na forma de participações societárias.

43. Assim, a transmissão desses ativos e passivos, a valor de mercado, seria extremamente onerosa – e aqui, Srs. Conselheiros, nos mais diversos sentidos e aspectos (tais como o financeiro, temporal, de *disclosure* etc.), por conta da necessidade de contratação de laudos de avaliação a mercado com individualização para cada tipo ativo e passivo aportados!

44. A forma eleita pelas partes para efetuar a segregação dos ativos e passivos que cada uma delas aportaria foi, em um primeiro momento, adquirir as sociedades com

propósito específico Rio Patea e Serra do Andaraí, mediante transferência não onerosa e aumento de capital dessas empresas com a conferência de bens, direitos e obrigações a valor contábil.

45. Os custos operacionais envolvidos nesta primeira etapa foram definidos sobre o valor contábil dos ativos conferidos, de modo que a auditoria teve por base, também, atestar esse valor patrimonial do acervo transferido.

46. Obviamente que, nesta etapa, as operações de aumento de capital foram feitas entre partes ligadas, pois se tratava de destacar, nessas novas empresas, os negócios que, individualmente, Grupo Pão de Açúcar e Grupo Sendas tinham no Rio de Janeiro.

47. Uma vez destacado esse patrimônio e os negócios correspondentes, as partes puderam valorizar o negócio e aumentar o capital da Recorrente com a entrega das participações acionárias, aí sim, a valor de mercado.

48. Ora, tendo os patrimônios já segregados, todo o processo de avaliação, precificação, auditoria e aumento de capital foi simplificado. Convenhamos, é muito mais fácil, sob o ponto de vista operacional, avaliar economicamente participações societárias que representam uma universalidade de bens (diga-se, um negócio), do que avaliá-los individualmente!

49. Além disso, como esta nova etapa envolvia partes não relacionadas (com acionistas minoritários) fez-se, tal como expressamente autorizava o já citado art. 36 da Lei nº 10.637/02, a conferência de Rio Patea e Serra do Andaraí a valor de mercado. Cumpre-se aqui ressaltar que esta era justamente a finalidade de tal dispositivo.

50. Todas as operações societárias em tela foram efetuadas sequencialmente, pois, efetivamente, as partes tinham o objetivo final declarado de combinar seus negócios no Rio de Janeiro. Por outro lado, para que isso fosse possível, a segregação do negócio a combinar era condição precedente. Trata-se, portanto, de negócio complexo, composto por mais de um ato jurídico individual coligado.

51. Cada ato jurídico, contudo, teve um papel na estrutura. Esse papel foi atingido por cada ato jurídico individualmente analisado, em estrita consonância com o interesse declarado das partes e a divisão dos negócios no Rio de Janeiro foi de essencial importância para a combinação posterior desses negócios, ao contrário do que quer fazer crer a fiscalização. (*destaques do original*)

Na sequência, demonstra as divergências jurisprudenciais e, depois de expor o tema *Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio* – matéria que não teve seguimento – a Contribuinte passa ao tópico IV.2 - *Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito*, nos seguintes termos:

55. O r. Acórdão concluiu que os efeitos de negócio jurídico indireto não são oponíveis ao fisco, haja vista o abuso de direito. Essa decisão deu à legislação tributária (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, arts. 386 e seguintes do RIR/99, arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 116, do CTN e art. 187, do CC/02) interpretação diversa daquela que foi dada por outras turmas do CARF. Vejamos a r. decisão recorrida:

#### **Trechos do Acórdão nº 1201-002.104**

*“É como se cada um dos grupos (CBD e Sendas) fizesse separadamente e dentro do seu próprio grupo tais operações de reavaliação do ativo e não as tributasse, gerando o conhecido ágio interno e no caso também, o ágio de si mesmo, sabidamente não oponível ao Fisco.” – fls. 1568. (...)*

*“Portanto, comprovada está o **abuso de direito** na medida que pelas provas dos autos constatou-se que os valores atribuídos às integralizações nas sociedades de passagem foram artificialmente rebaixados, com o objetivo de maximizar o ágio dos investimentos, conforme comprovam os laudos de avaliação; bem assim também ficou caracterizada a existência do chamado “ágio de si mesmo” em operações intragrupo que também macula toda a operação.” – fls. 1569.*

56. A despeito das etapas explicadas no início deste REsp. corresponderem a atos necessários na complexa reorganização da qual resultou a Recorrente, como visto, a d. Turma entendeu pela impossibilidade da amortização do ágio, pois os atos realizados enquadram-se no instituto do negócio jurídico indireto, motivo pelo qual os seus efeitos não são oponíveis ao Fisco. Todavia, esse entendimento, com a devida vênia, não aplicou corretamente o direito, como já decidiu outras turmas do CARF, a saber:

#### **Paradigma 01**

**Acórdão nº 1302-001.977, extraído do sítio virtual do CARF, cujo Recurso Especial do Procurador ainda não foi julgado (Doc. 03).**

**“Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como “empresa veículo”, nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelo controlador da recorrente ao criarem aquilo que o autuante denomina como “empresa veículo” eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.” – Fl. 43.**

(...)

***“Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional. Ora, à minguada da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.” – Fl. 46.***

57. Pelo exposto, resta mais que evidente a divergência entre o r. Acórdão recorrido e os acórdãos acima transcritos, haja vista que a decisão recorrida concluiu que o negócio jurídico indireto, em razão do abuso de direito, “macula” a amortização do ágio, enquanto nas decisões paradigmas apresentam entendimento diverso.

58. Em atendimento ao disposto no art. 67, § 9º, do RICARF, a Recorrente apresenta cópia integral do Acórdão nº 1302-001.977 (Doc. 03), extraídos diretamente do sítio eletrônico do CARF, para serem considerados como paradigmas em relação à legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito. *(destaques do original)*

Passa, então, ao item IV.3 - *Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei nº 10.637/2002*, no qual argui que:

59. O r. Acórdão concluiu que o art. 36, da Lei nº 10.638/2002, não produz efeitos para amortização do ágio. Essa decisão deu à legislação tributária (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, arts. 386 e seguintes do RIR/99, arts. 20 e seguintes do Decreto-Lei nº 1.598/77 e art. 36, da Lei 10.637/2002) interpretação diversa daquela que foi dada por outras turmas do CARF. Vejamos a r. decisão recorrida:

*“i. Comentário: os valores de mercado da Rio Patea e da Andaraí contabilizados pelo Recorrente foram inferiores aos apontados nos Laudos de Avaliação; desta forma, obteve-se a participação de 50% de cada um dos grupos:*

(...)

4. Vigia no ano calendário 2004 o art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

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

5. Comentário: a legislação permitia diferir a tributação do ganho de capital, no caso, pelas empresas Sé e Sendas S/A.” – fls. 1566/1567

(...)

“Causa espanto o fato de a CBD e SENDAS terem atribuído, nas integralizações feitas em RIO PATEA e SERRA DO AND ARAÍ, o valor de R\$ 10.000,00 aos direitos de cada um na exploração do fundo de comércio relativo às suas lojas no Estado do Rio de Janeiro. Esse aviltamento proposital só foi possível com a certeza de que havia uma estruturação passo a passo no caminho de formarem uma única empresa com participações equitativas (meio a meio) onde o ganho adviria através da criação de um ágio fictício, porque foi sobrevalorizado através do aviltamento inicial dos valores patrimoniais dessas integralizações (capital social inicial). O passo seguinte sena avaliá-las agora sim a preço de mercado e obter o ágio sobrevalorizado a ser deduzido.” – fls. 1568

(...)

Portanto, comprovada está o abuso de direito na medida que pelas provas dos autos constatou-se que os valores atribuídos às integralizações nas sociedades de passagem foram artificialmente rebaixados, com o objetivo de maximizar o ágio dos investimentos, conforme comprovam os laudos de avaliação; bem assim também ficou caracterizada a existência do chamado “ágio de si mesmo” em operações intragrupo que também macula toda a operação.” – Fl. 1569.

60. A despeito das etapas explicadas no início deste REsp. corresponderem a atos necessários na complexa reorganização da qual resultou a Recorrente, como visto, a d. Turma entendeu pela impossibilidade da amortização do ágio, pois a aplicação do art. 36, da 10.637/02, teve o objetivo de maximizar o ágio. Todavia, esse entendimento, com a devida vênia, não aplicou corretamente o direito, como já decidiu outras turmas do CARF, a saber:

#### **Paradigma 01**

**Acórdão nº 1301-001.297, extraído do sítio virtual do CARF, cujo Recurso Especial do Procurador ainda não foi julgado (Doc. 04).**

“Por ter sido a presente operação efetuada nos mesmos moldes do processo administrativo n. 16643.000392/2010-61, do qual fui relator, inclusive com a alegação da inexistência do ágio com base na teoria contábil, transcrevo aqui, no que interessa, os fundamentos que lá registrei para restabelecer a dedução do ágio glosado pela fiscalização, vejamos:” – Fl. 15.

(...)

“Nesse passo, entendo que não há na legislação fiscal qualquer vedação ao ágio gerado internamente dentro de um mesmo grupo econômico. Ao contrário, foi autorizado pelo art. 36 da Lei n. 10.637/02 (que revogou a postergação do ganho), art. 21 da Lei n. 9.249/95 (único fundamento p/ágio – expectativa de rentabilidade futura) e art. 8º. da Lei n. 9.532/97 (admitiu sua dedutibilidade na incorporação reversa).” – Fl. 27.

61. Pelo exposto, resta mais que evidente a divergência entre o r. Acórdão recorrido e os acórdãos acima transcritos, haja vista que a decisão recorrida concluiu pela impossibilidade de o art. 36, da Lei nº 10.637/2002, produzir os efeitos previstos nos

art. 7º e 8º da Lei nº 9.542/97, enquanto nas decisões paradigmas apresentam entendimento diverso.

62. Em atendimento ao disposto no art. 67, § 9º, do RICARF, a Recorrente apresenta cópia integral do Acórdão nº 1301-001.297 (Doc. 04), extraídos diretamente do sítio eletrônico do CARF, para serem considerados como paradigmas em relação à legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei nº 10.637/2002. *(destaques do original)*

*Pede que seja conhecido e provido o presente recurso, para ser reformado o r. Acórdão recorrido e, por consequência, determinar o cancelamento da exigência fiscal na sua totalidade, a título de IRPJ e CSLL, determinando-se, por decorrência, o restabelecimento do saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, e, ao final, o arquivamento do processo administrativo instaurado.*

Os autos foram remetidos à PGFN em 29/11/2022 (e-fls. 2122), e retornaram em 01/12/2022 com contrarrazões (e-fls. 2123/2142) nas quais a PGFN questiona a admissibilidade do recurso porque a Contribuinte *não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria, pois, em relação a todos os pontos objetos de insurgência, o recorrente limita-se a contrapor ideias, teses, mas não demonstra que esse dissídio ocorreu entre casos com molduras fáticas semelhantes.* Anota, ainda, que o paradigma nº 1302-001.977 foi reformado pelo Acórdão nº 9101-005.778, a evidenciar que *o entendimento defendido pelo recorrente não é agasalhado pela CSRF. Assim, não há, com relação a tal matéria, divergência atual a ser pacificada, razão pela qual o recurso também não merece ser admitido.*

No mérito, defende a manutenção do acórdão recorrido, consignando que:

No caso concreto foi declarada a intenção dos grupos envolvidos, Grupo Sendas e Grupo Pão de Açúcar, em formarem uma joint venture com bens e direitos avaliados a valores de mercado. Contudo, sem tributar o correspondente ganho de capital decorrente dessa reavaliação.

Para tanto, no lugar de transferirem diretamente os bens e direitos a valores de mercado e tributarem os correspondentes ganhos, transferiram esses bens a duas pessoas jurídicas, Rio Patea e Serra (empresas veículos), a fim de que essas fossem transferidas a valores de mercado e depois incorporadas, atraindo, assim, a incidência do art. 36 da lei nº 10.637/02, objetivando a não tributação do ganho de capital.

Assim, o ágio deduzido decorreu exclusivamente do custo de reavaliação interna dos bens e direitos transferidos pelos grupos na formação da joint venture.

Tal como reconhecido pelo próprio contribuinte, não houve qualquer circulação de riquezas entre as partes.

Ponto de extrema relevância, e previsto desde as tratativas iniciais, era o objetivo das partes em formalizar a joint venture sem qualquer desembolso de dinheiro pelas partes, apenas os aportes de bens, direitos e obrigações relacionadas às atividades de varejo do Grupo Sendas e do Grupo Pão de Açúcar no Estado do Rio de Janeiro, e obviamente, avaliados a mercado. Isso para facilmente equacionar a participação de 50% a que cada Grupo fazia jus, conferir maior transparência ao mercado acerca das referidas operações, bem como apresentar um patrimônio robusto para o mercado, fornecedores, instituições financeiras, etc.

Assim, a constituição de sociedades de propósito específico que reunisse, em princípio, o patrimônio que seria aportado na associação, para posterior utilização do disposto no art. 36 da lei nº 10.637/02, foi a via eleita.

Vejam.

A fim de melhor entender a engenharia societária realizada pela contribuinte, e que deu origem ao ágio cuja despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes, tal como demonstrado no relatório da decisão recorrida:

[...]

Observa-se, portanto, que houve simulação para fazer o interessado arcar com o expressivo ágio de sua própria aquisição, por meio da sua contabilização como despesa de amortização de ágio, de forma a reduzir o seu lucro e, portanto, o seu IRPJ e CSLL, ou a transformá-lo em prejuízo fiscal e base negativa da contribuição social, como de fato ocorreu no ano calendário de 2004.

Os controladores de CBD e SENDAS, em comum acordo, resolveram unir suas atividades no Estado do Rio de Janeiro, permanecendo com controladores paritários do interessado.

Considerando o negócio dissimulado, a amortização de ágio transforma-se em mero dispêndio, logo as respectivas despesas devem ser glosadas na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL

A respeito do ágio (ou deságio) na aquisição de participação societária e a sua dedutibilidade (ou tributação) na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tem-se que o mesmo pode ser definido como ágio ou deságio a diferença entre o valor de patrimônio líquido de uma participação societária (proporcional à participação do sócio no capital social da empresa) e o seu custo de aquisição (montante pelo qual ela é negociada entre as partes contratantes). Se o valor de aquisição for maior que o patrimonial, o adquirente terá pago um ágio, se for menor, deságio.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição).

Quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Sobre esse ponto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO<sup>1</sup>:

*“De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.”*

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

<sup>1</sup> In.: \_\_\_\_\_. Imposto de renda das empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

De acordo com o citado artigo 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o artigo 385 do RIR/99, e o fundamento econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente mais valia na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma “ficção fiscal”. A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento).

Acerca dessa “ficção fiscal”, transcreve-se novamente os ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO<sup>2</sup>:

*“Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.*

(...)

*A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, 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:*

*--- omissis ---*

*Sob o aspecto funcional, tais regras estabelecem procedimentos que devem ser adotados para as aquisições em que a sociedade investidora mantenha em sua escrituração contábil, ágio ou deságio na aquisição de investimentos em empresa que venha incorporar total ou parcialmente (caso de cisão parcial seguida de incorporação). Com isso, não mais é permitido que o valor de um ágio pago na aquisição de investimento possa ser totalmente amortizado, quando da aquisição se segue a fusão, ou incorporação pela investidora, da sociedade investida. Na verdade, nessas hipóteses, não havia simples amortização de ágio, mas efetiva baixa do valor, como ganho ou perda de capital.*

(...)

*As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.”*

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no artigo 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, sob pena de ser considerada indevida.

Esse pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações onde há qualquer espécie de renúncia fiscal, se encontra expressamente previsto no artigo 111 do CTN, senão vejamos:

*“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

---

<sup>2</sup> In.: Op. Cit., pp. 473/480.

*II - outorga de isenção;*

*III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”*

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem; deve também esse ágio ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada; o laudo que atesta esse fundamento econômico deve estar arquivado como comprovante da escrituração do ágio; por fim, a sua amortização deverá obedecer o mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Partindo para o caso dos autos, verifica-se que a “reorganização societária” levada a efeito representa a realização de uma operação societária com o único objetivo de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por meio da criação de um **ágio fictício**, que não apresenta qualquer propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua existência real, **não se permitindo, portanto, a dedução da despesa com sua amortização.**

Vale destacar que, **para existir**, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um **propósito negocial** (aquisição de um investimento) e, assim, um **substrato econômico** (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.

Por **propósito negocial**, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a **razão negocial** que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante.

Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um **negócio comutativo**, onde as **partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas**, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais.

Resta evidente, nos autos, no entanto, o desvirtuamento das operações que normalmente conduzem a um custo amortizável, tendo em vista terem sido elas realizadas **por pessoas interligadas, em desacordo com a necessária autonomia entre as partes envolvidas.**

Com efeito, as operações fiscalizadas realizaram-se todas no âmbito dos Grupos Sendas e Grupo Pão de Açúcar, segundo detalhado pelo Termo de Verificação Fiscal, a aquisição de participações societárias e posterior incorporação constituem-se em mera forma, pois na verdade uma só operação ocorreu. Diante desse quadro, foi fácil concluir, como fez a autoridade autuante, tratar-se de reorganização societária dentro de um grupo de empresas, com o intuito de gerar ágio em determinadas empresas e transferir esse ágio para outra empresa, de forma a permitir sua amortização imediata.

Considera-se, então, que o ágio amortizado pela recorrente fora **criado artificialmente**, não sendo possível, portanto, a sua dedução, já que, nos termos do que demonstrado à exaustão, estas decorreram de operações societárias levadas a efeito entre partes dependentes, com o único fim de obter economia fiscal.

Mas ainda que assim não fosse, deve-se destacar que nos presentes autos também não se vislumbra a imprescindível razão lógico-econômica das operações realizadas. A suposta reorganização societária a que se refere a recorrente não teve o propósito negocial necessário, ou seja, **não demonstrou qualquer intenção que fosse, realmente,**

**negocial/societária.** Com isso, pode-se reafirmar que **a finalidade do ágio foi estritamente tributária: reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL a ser paga.**

**Não há qualquer objetivo que seja verdadeiramente comercial e que possa ser alcançado em tão curto espaço de tempo.**

Assim, evidencia-se que **a constituição da Rio Patea e da Serra serviu tão somente para criar um ágio fictício, caracterizando, assim, ditas sociedades como verdadeiras “empresas veículo”.**

Nesse esteio, o artigo 385, parágrafo 2º, do RIR/99, o qual repete o conteúdo do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu **fundamento econômico** uma das seguintes hipóteses:

*I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.*

Sobre a causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial), especialmente na aquisição de participações societárias, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO<sup>3</sup> tece os seguintes comentários:

*O ágio ou deságio tem uma causa. A rigor, esta causa é o pagamento do preço que alguém faz pela aquisição de uma participação societária que seja portadora dos atributos da relevância e influência e, portanto, suscetível de ser obrigatoriamente avaliada com base no método da equivalência patrimonial. Quando a lei impõe o desdobramento do custo de aquisição entre valor patrimonial e ágio ou deságio, ela estabelece que o sujeito passivo atribua um **fundamento econômico** ao ágio ou deságio.*

*A atribuição do fundamento econômico é ato de valoração e conseqüente qualificação jurídica; ao sujeito passivo é facultado escolher um dentre os vários que tenham contribuído como motivo determinante da aquisição. Por vezes, o fundamento econômico consta do próprio contrato de aquisição da participação societária; isto ocorre quando as partes atribuem valores separados para certos bens.*

*O fato de o sujeito passivo ter certa liberdade para eleger um critério de qualificação não significa que o ato possa ser absolutamente discricionário ou arbitrário: **ao adquirente da participação societária com ágio ou deságio cumpre o dever de provar que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade.** (grifo nosso)*

A despeito desta exigência, no presente processo verifica-se que, além de não ter qualquer propósito negocial e ter sido gerado em operações levadas a efeito dentro do mesmo grupo econômico, **o ágio foi criado pela recorrente sem apresentar substrato econômico que justificasse o seu surgimento.**

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante.

A aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) auferido pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como conseqüência, no surgimento de ágio ou deságio.

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir

<sup>3</sup> In.: Op. Cit., p. 422.

incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

Corroborando com esse entendimento, a **Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, in fine**. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas **de um mesmo grupo econômico** geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial).

*OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007*

*Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007*

*Aos Senhores*

*Diretores de Relações com Investidores e*

*Audidores Independentes*

*ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas*

*Prezados Senhores,*

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

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

*--- omissis ---*

*20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas*

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

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

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

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

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

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

Ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

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

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. **A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.**

**A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.**

Analizando a situação fática da recorrente antes e depois da incorporação, verifica-se que continua submetida ao mesmo controle acionário, tendo apenas feito uma reavaliação com base em rentabilidade futura dela mesma e, se aceita a operação, poderá usufruir de um benefício fiscal previsto apenas para as hipóteses em que, efetivamente, haja pagamento de ágio, o que, no entanto, não se deu nos autos, **pois sequer houve aplicação de recursos na aquisição de um patrimônio.**

**Tal como reconhecido pelo próprio contribuinte, não houve qualquer circulação de riquezas entre as partes.**

Tendo em vista, então, que **o investimento que deu origem ao ágio não refletiu nenhum gasto efetuado pelo adquirente do investimento e nenhum ganho auferido pela cedente das quotas,** não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse a existência do ágio, razão pela qual também deve ser afastada a aplicação

do artigo 36 da Lei 10.637/02, pretendida pela recorrente, já que a aplicação daquele dispositivo legal pressupõe a existência de verdadeiro ágio, não sendo fundamento para ágio artificialmente gerado, como no caso dos autos.

Ora d. Conselheiros, **o fundamento de um ágio deve ser eminentemente econômico**, pois essa *mais valia* paga pelo adquirente de um investimento **decorre de alguma expectativa de auferir resultados futuros** (seja com a venda do investimento, percepção de frutos futuros, etc.). Não há como embasar o registro de um ágio na aquisição de um investimento em meras estratégias societárias, empresarias, contábeis e fiscais. **O ágio deve implicar a expectativa de retorno econômico. Insistir em sentido contrário implica o surgimento de um ágio meramente artificial, irreal.**

Diante de tudo o que restou demonstrado, repita-se, **o único propósito existente nas operações societárias fiscalizadas é aquele oriundo da amortização do ágio**. Em outros termos, após a incorporação, a única transferência de riquezas é aquela que se dá entre o Estado, o qual concede um benefício indevido, e a recorrente, que reduz sua tributação de forma fraudulenta, *data venia*.

Assim, por não apresentar propósito negocial e substrato econômico a justificar o seu surgimento, conclui-se que **o ágio ora em discussão não existiu**, tendo sido criado somente *no papel*. **Não existindo de fato, tal ágio, portanto, não é válido e não é eficaz para ser amortizado na conta de resultado da recorrente**, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autoriza tal dedutibilidade.

Por todo o acima exposto, conclui-se então.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, somente é amortizável na apuração da conta de resultado de uma empresa o ágio efetivamente decorrente da aquisição de uma pessoa jurídica por outra, por incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio.

O caso dos presentes autos não se submete a essa norma uma vez que **o ágio absorvido pela incorporadora fora criado somente de forma artificial**. Materialmente ele nunca existiu.

Ora, se nunca houve ágio decorrente da aquisição de investimento (segundo o artigo 385 do RIR/99), não há que se falar em sua amortização no resultado da empresa que o absorveu por incorporação.

Se ele nunca existiu, ele não pode ser utilizado. Com isso, **o ágio ou deságio criado dentro do mesmo Grupo Econômico, por meio de negócios sem fins societários, sem qualquer substrato econômico e onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto na legislação aplicável.**

Outrossim, compulsando a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997, observa-se que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir um benefício fiscal, senão vejamos:

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

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

*Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo*

*em visto o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo. (grifo nosso)*

Vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pelo recorrente junto com o seu grupo econômico.

O artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo das referidas disposições legais, autoriza a concessão do benefício fiscal de amortização do ágio na conta de resultados nos casos em que **essa diferença econômica realmente exista.**

**O ágio ou deságio criado por meio de negócios sem fins econômicos e/ou onde não houve o efetivo dispêndio do preço de aquisição do investimento não deve dar ensejo ao benefício previsto nos multicitados artigos.**

Por fim, vale destacar que, além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio utilizado pelo recorrente não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Assim, **a despesa amortizada pelo sujeito passivo na apuração de seu lucro não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dedutibilidade previstas pelos artigos 324 a 327 do RIR/99.** (*destaques do original*)

Requer, assim, que *seja negado seguimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte*, ou, então, *que, no mérito, seja negado provimento ao citado recurso, mantendo-se o acórdão proferido pela eg. Turma a quo, quanto à matéria objeto de recurso especial pela ora recorrente, por seus próprios fundamentos, bem como com fundamento nas razões expendidas acima.*

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

## Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

### Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

A PGFN contesta a admissibilidade do recurso especial, afirmando que a Contribuinte *não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria, pois, em relação a todos os pontos objetos de insurgência, o recorrente limita-se a contrapor ideias, teses, mas não demonstra que esse dissídio ocorreu entre casos com molduras fáticas semelhantes.*

A recorrente, porém, traz o destaque dos acórdãos recorrido e paradigmas nos pontos em que, em seu entendimento, adotaram distintas interpretações da legislação tributária.

Antes de adentrar a tal demonstração, cabe circunstanciar que foram atribuídos para relatoria desta Conselheira recursos especiais semelhantes, interpostos pela Contribuinte contra outras duas decisões que mantiveram as glosas de amortização do mesmo ágio aqui tratado, e o exame de admissibilidade lhes conferiu seguimento diferenciado, como a seguir demonstrado:

Matérias	Paradigmas	Acórdão n.º 1401-001.624	Acórdão n.º 1302-002.694	Acórdão n.º 1201-002.104
		PA n.º 15563.720259/2011-33	PA n.º 15563.720356/2013-98	PA n.º 15563.720274/2015-13
Da Improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno	1302-001.978	Admitido		
	1301-001.297		Rejeitado	
Da utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do Ágio.	1201-001.438	Admitido	Rejeitado	
	1402-001.077	Admitido	Rejeitado	
	9101-003.610			Rejeitado
	1301-003.284			Rejeitado
Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito	1201-00.659	Admitido		
	1302-001.977	Admitido		Admitido
Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002.	1301-001.297	Admitido	Rejeitado	Admitido
	1301-001.299	Admitido		
Da obrigatoriedade da aplicação de todos os efeitos tributários extrafiscais de Negócio Jurídico Indireto em razão da reclassificação fiscal.	1102-001.228	Rejeitado		Rejeitado
	107-09.587	Rejeitado		Rejeitado
Do reconhecimento da existência de propósito negocial, mas da manutenção da glosa da amortização do ágio.	1201-001.554	Rejeitado		
	1202-001.060	Rejeitado		Rejeitado
Da legalidade do planejamento tributário ainda que se considere inexistente propósito negocial	1401-002.644		Admitido	
	1301-002.761		Admitido	

Além destes julgados, as amortizações do ágio aqui debatido também foram examinadas no Acórdão n.º 1401-001.623, objeto do processo administrativo n.º 15563.000871/2008-91, que tratou das glosas relativas ao primeiro período de apuração de aproveitamento, no ano-calendário 2004. O recurso especial lá interposto pela Contribuinte teve parcial seguimento e, na parte com seguimento, foi integralmente conhecido e improvido no Acórdão n.º 9101-004.289. Os Acórdãos n.º 1401-001.623 e 1401-001.624 (processo administrativo n.º 15563.720259/2011-33) apresentaram idênticos fundamentos, assim como infere-se, do exposto no Acórdão n.º 9101-004.289, que idênticas foram as matérias deduzidas em recurso especial, assim como o seguimento que lhes foi dado<sup>4</sup>.

Já o acórdão aqui recorrido, n.º 1201-001.204, circunstancia os fatos lá expostos para, ao final, concordar com a conclusão dos Acórdãos n.º 1401-001.23 e 1401-001.624 de que o ágio seria interno, sem vislumbrar *a participação de uma terceira parte da negociação e definição do valor dos bens reavaliados*. Em seu recurso especial, porém, a Contribuinte deixou de deduzir algumas das divergências aqui apresentadas, e a outra associou novos paradigmas, que restaram rejeitados. Ao final, aqui tiveram seguimento, apenas, as matérias *Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito* e *Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002*.

Na primeira matéria que teve seguimento – *Da legalidade do Negócio Jurídico Indireto para fins tributários e da ausência de abuso de direito* – a Contribuinte confronta as afirmações do recorrido - no sentido de que o ágio de si mesmo é *sabidamente não oponível ao Fisco*, caracterizando *abuso de direito*, - com o entendimento do paradigma n.º 1302-001.977, contrário à equivalência entre *simulação relativa e negócio jurídico indireto*, e que afirma a inaplicabilidade do art. 187 do Código Civil, e conseqüente impossibilidade de se combater o abuso de direito no âmbito tributário, à míngua de regulamentação do art. 116 do CTN. Sob esta

<sup>4</sup> Nos termos expressos no Acórdão n.º 9101-004.289, tiveram seguimento e foram conhecidas as matérias: (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”.

ótica, há demonstração analítica da divergência, cabendo apenas confirmar se ela constitui efetivamente divergência jurisprudencial.

Neste sentido, tem-se que o paradigma n.º 1302-001.977, de fato, foi reformado por esta 1ª Turma da CSRF, na sessão de 09 de setembro de 2021, depois da interposição do recurso especial em tela, apresentado em 08 de setembro de 2021, para além de o Acórdão n.º 9101-005.778 somente ter sido publicado no sítio do CARF em 04 de outubro de 2021. No mais, se a ementa do paradigma n.º 1302-001.977 causa alguma dúvida quanto à natureza da operação ali questionada, a ementa do acórdão reformador deixa clara a similitude com o caso aqui em análise:

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.

Evidente, assim, que enquanto o recorrido se opôs à arguição de *legalidade do negócio jurídico indireto* e invocou a existência de *abuso de direito* em operação da qual resultou a formação de ágio internamente aos grupos econômicos, o paradigma se opôs a estas conclusões e cancelou a glosa das amortizações de ágio interno.

Anote-se que o paradigma n.º 1302-001.977 foi recentemente rejeitado pela maioria deste Colegiado<sup>5</sup>, para fins de caracterização de divergência jurisprudencial acerca da eficácia do art. 116, parágrafo único do CTN, mas isto porque o debate ali se estabeleceu no âmbito da exigência de tributos sobre ganho de capital tributado na pessoa física dos sócios do sujeito passivo. O Acórdão n.º 9101-006.456, conduzido por voto desta Conselheira, restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

EFICÁCIA DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático e legislativo distinto, concernente à permissão legal de constituição de ágio interno, e não para transferência a sócio majoritário de ações cuja alienação a pessoa jurídica já havia acordado.

Aqui, porém, o recorrido também diz respeito à *permissão legal de constituição de ágio interno*, não se verificando a dessemelhança lá constatada.

Por oportuno registre-se: i) o paradigma n.º 1302-001.977 também foi admitido para caracterização da divergência contra o Acórdão n.º 1401-001.624 (processo administrativo n.º 15563.720259/2011-33), ocasião em que também foi admitido o paradigma n.º 1201-00.659, aqui não indicado; ii) esta matéria não foi deduzida contra o Acórdão n.º 1302-002.694 (processo administrativo n.º 15563.720356/2013-98)

O recurso especial da Contribuinte, portanto, deve ser CONHECIDO neste ponto.

Na segunda matéria - *Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002* – a Contribuinte centra sua insurgência na conclusão do acórdão recorrido de que o art. 36, da Lei n.º 10.638/2002, não produz efeitos para amortização do ágio, e destaca

---

<sup>5</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício), divergindo no conhecimento o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca.

do paradigma n.º 1301-001.297 a afirmação de *que não há na legislação fiscal qualquer vedação ao ágio gerado internamente dentro de um mesmo grupo econômico*, e que foi ele *autorizado pelo art. 36 da Lei n. 10.637/02*).

Referido paradigma presta-se a caracterizar o dissídio jurisprudencial assim demonstrado porque não houve, nestes autos, questionamento específico acerca da fundamentação do ágio registrado. A autoridade lançadora centrou seus questionamentos nos eventos realizados *em curto espaço de tempo para transferência de acervo (mercados, lojas, etc.) dentro do mesmo grupo de empresas*, concluindo ser inadmissível *que de tais eventos crie-se de forma artificial vantagem fiscal*, sem deduzir qualquer objeção ao valor atribuído àqueles acervos. No acórdão recorrido, somente se vê na transcrição das decisões exaradas por este CARF nos lançamentos anteriores, decorrentes da glosa do mesmo ágio, a menção ao *aviltamento proposital* no valor estabelecido para os *direitos de CBD e Sendas na exploração do fundo de comércio relativo às suas lojas no Estado do Rio de Janeiro*, para, no passo seguinte, *avaliá-las agora sim a preço de mercado e obter o ágio sobrevalorizado a ser deduzido*. De toda a sorte, depois desta transcrição afirmando que *esse aviltamento do capital social se deu justamente porque as partes deixaram de respeitar um critério super importante para a validade e existência do ágio, que é o fato de as partes serem interdependentes, onde as aquisições se dão a preço de mercado*, o voto condutor do acórdão recorrido se pauta, tão só, no fato de não se vislumbrar *a participação de uma terceira parte da negociação e definição do valor dos bens reavaliados*. Já no paradigma indicado (n.º 1301-001.297) ressaltou-se que *somente assistiria razão à autoridade fiscal se ela comprovasse que efetivamente os valores envolvidos não mereceriam fé. Porém, nesse ponto, haveria a necessidade de questionar o laudo e seus critérios de avaliação, o que, de fato, não aconteceu no curso da fiscalização*.

Esta a razão, inclusive, para rejeição deste paradigma em discussão semelhante, nos termos do voto vencedor desta Conselheira exarado no Acórdão n.º 9101-005.973<sup>6</sup>:

No que se refere à 3 (*Dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio interno – Observância dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77*), tem-se que o dissídio jurisprudencial foi reconhecido em face do paradigma n.º 1301-001.297, cujo voto vencido bem evidencia que a magnitude do ágio construído artificialmente era relevante para a manutenção da exigência:

[...]

v) em 31 de outubro de 2003, por conta de alteração contratual, ingressa na ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA., como sócia, a empresa ZANOTTI ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA., o que faz com que o capital social fosse aumentado em R\$ 356.734.070,00, capital esse subscrito e integralizado mediante a incorporação de 1.596.504 ações emitidas por ZANOTTI S/A;

[...]

Não tenho dúvidas de que não cabe à Administração Tributária imiscuir-se nas decisões tomadas em âmbito privado por Grupo Econômico de qualquer natureza. Entretanto, quando tais decisões resultam em significativo abalo no fluxo de recolhimento de tributos, deve a autoridade tributária envidar esforços para, no exercício da sua atividade fiscalizadora, verificar se os procedimentos

---

<sup>6</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram neste ponto os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Caio Cesar Nader Quintella (relator).

com repercussão tributária porventura adotados encontram-se em conformidade com a lei de regência.

[...]

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

O voto vencedor, por sua vez, replicando fundamentos antes expressos pelo mesmo ex-Conselheiro Valmir Sandri em julgamento anterior, conclui que:

Dessa forma, o ágio só poderia ser considerado indevido pela fiscalização se os negócios jurídicos não tivessem ocorrido, retratado algo diverso do que efetivamente ocorreu, afastado requisitos legais e/ou preceitos de observância obrigatória ou negado a finalidade legal que justificou a sua celebração. Como nada disso ocorreu, não há como o fisco vedar sua dedução.

Ocorre que dentre esses fundamentos reproduzidos, consta a seguinte abordagem acerca do laudo que justifica a rentabilidade futura na qual se pauta a reavaliação do investimento:

Ocorre que, ainda que as normas contábeis pudessem ser aplicadas no presente caso, superando-se questões insuperáveis como a legalidade fiscal e a irretroatividade, mesmo assim, do exame das robustas provas do processo pode-se concluir que aqui não se aplicam tão somente os argumentos da “teoria contábil” para a não aceitação do chamado ágio interno, mas também o propósito negocial da operação, tendo em vista que na operação está presente uma empresa estrangeira que é um terceiro independente, a qual teria o maior interesse em ser rigorosa com a concretude da operação e, o mais importante, toda operação foi acompanhada por laudos de empresas idôneas e não impugnados pela autoridade fiscal, ou seja, quer contabilmente quer pela lei fiscal, todas as operações realizadas pela empresa foram e são consideradas verdadeiras, eis que foram públicas, registradas e efetivas.

(.....)

Logo, mesmo à luz da teoria contábil não se poderia refutar tal operação, pois nesta se identifica perfeitamente qual o propósito negocial decorrentes dos contratos formalizados e legalmente perfeitos, quais os resultados advindos da operação e a confiabilidade do respectivo custo.

Em sendo assim, somente assistiria razão à autoridade fiscal se ela comprovasse que efetivamente os valores envolvidos não mereceriam fé. Porém, nesse ponto, haveria a necessidade de questionar o laudo e seus critérios de avaliação, o que, de fato, não aconteceu no curso da fiscalização.

E, como demonstrado na reprodução ao norte, o voto condutor do acórdão recorrido endossa os apontamentos fiscais de insegurança e incerteza acerca do valor atribuído às participações societárias, dada a coleta de dados por meras *entrevistas e informações orais ou escritas fornecidas pela Administração*; dada a análise mediante *comparação dos resultados projetados apresentados no Plano de Negócios da Empresa com os resultados históricos da mesma*, sem qualquer confirmação das premissas de cálculo do fluxo de caixa descontado. Destaca-se a ressalva de *que o trabalho não foi uma auditoria, conforme as normas geralmente aceitas de auditoria e não deve ser interpretado como tal*. Esse o contexto no qual a *KPMG afirma que os investidores futuros devem realizar suas próprias análises e sujeitar aos seus consultores jurídicos, tributários e financeiros qualquer decisão, e se isentam de qualquer responsabilidade*

*pelos números apresentados. Basicamente, o que afirmam é que a avaliação que fizeram não tem nenhuma fidedignidade.*

Constata-se, assim, a dessemelhança entre o recorrido e o paradigma que valida a amortização do ágio gerado internamente na hipótese em que *toda operação foi acompanhada por laudos de empresas idôneas e não impugnados pela autoridade fiscal*. Houve tal impugnação no presente caso, ela foi acolhida no voto condutor do acórdão recorrido, inclusive infirmando a existência de um trabalho de auditoria por *empresas idôneas*.

Diante de dessemelhanças fáticas em pontos determinantes para a decisão vertida nos acórdãos comparados, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

No presente caso não há qualquer evidência, semelhante à deste precedente, que possa distinguir os acórdãos comparados.

Anote-se, por fim, que sob a ótica do dissídio jurisprudencial assim estabelecido, descabe adentrar às peculiaridades da operação descritas pela Contribuinte, vez que os acórdãos comparados são substancialmente distintos quanto aos contornos das operações realizadas, e se alinham apenas na resultante de um ágio entre partes relacionadas, exteriorizando distintas interpretações acerca da admissibilidade das amortizações no âmbito tributário.

O dissídio jurisprudencial, portanto, resta demonstrado quanto à *legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002*, com respeito, apenas, à possibilidade de o ágio daí resultante, entre partes relacionadas, gerar amortizações dedutíveis na apuração do lucro tributável.

Oportuno registrar, ainda: i) o paradigma n.º 1301-001.297 também foi admitido para caracterização da divergência contra o Acórdão n.º 1401-001.624 (processo administrativo n.º 15563.720259/2011-33), ocasião em que também foi admitido o paradigma n.º 1301-001.299, aqui não indicado; ii) o paradigma n.º 1301-001.297 foi o único apresentado contra o Acórdão n.º 1302-002.694 (processo administrativo n.º 15563.720356/2013-98), mas foi rejeitado em face da peculiaridade da decisão exarada no Acórdão n.º 1302-002.694, assim exposta no exame de admissibilidade daqueles autos:

Do exposto evidencia-se que a recorrente não logrou demonstrar a ocorrência do dissenso jurisprudencial alegado, por não ser possível a contraposição dos acórdãos, uma vez que, enquanto no acórdão paradigma a decisão acerca da dedutibilidade da despesa com amortização de ágio considerou apenas a admissibilidade do ágio interno, no caso do recorrido o colegiado não tratou dessa questão isoladamente, mas como parte indissociável de um conjunto de constatações que conduziu a turma ao entendimento acerca da artificialidade da operação e à consequente decisão pela manutenção da glosa das despesas

De fato, embora apreciando a mesma operação, enquanto no Acórdão n.º 1302-002.694 vislumbrou-se artificialidade na operação, no recorrido, n.º 1201-002.104, a simulação é, de plano, afastada e, alinhando-se ao que decidido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara – Acórdãos n.º 1401-001.623 e 1401-001.623 – o voto condutor do acórdão recorrido concorda que o ágio foi formado internamente porque, apesar de grupos serem, originalmente, independentes, ambos *reavaliaram seus próprios bens*. Embora transcrevendo excertos daqueles precedentes, no sentido de que *os valores atribuídos às integralizações nas sociedades de passagem foram artificialmente rebaixados, com o objetivo de maximizar o ágio dos investimentos, conforme comprovam os laudos de avaliação*, esta circunstância não foi relevante, nestes autos, para a manutenção da glosa do ágio amortizado.

Os diferentes fundamentos determinantes são confirmados quando se vê que o recorrido – Acórdão n.º 1201-002.104 – é decidido por voto de qualidade, *vencidos os conselheiros, Luis Henrique Marotti Toselli, Luis Fabiano Alves Penteado e Gisele Barra Bossa que davam integral provimento ao recurso voluntário*, enquanto no Acórdão n.º 1302-002.694 a pretensão da Contribuinte é negada por unanimidade de votos, muito embora acompanhando apenas as conclusões do relator os *conselheiros Carlos César Candal Moreira Filho, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado*. Neste sentido, inclusive, o voto do relator, conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, admitiu, em tese, a dedutibilidade de amortização de ágio interno, mas negou a dedutibilidade do ágio aqui formado porque:

Mesmo que incorrido entre partes relacionadas o ágio gerado (ágio interno) não encontrava, à época, vedações legais, razão pela qual o gozo dos benefícios daí advindos foi obstado, apenas, pela Lei 12.973/14, essa sim, norma antielisiva (se foi necessária a edição de norma específica para afastar a dedução da amortização do respectivo ágio é que, até então, o ordenamento vigente não a vedava legalidade estrita preconizada pelo art. 5º, II, da CF88 segundo a qual é franqueado fazer tudo o que a lei não proíbe).

O fato dos negócios terem sido pactuados, registrados e publicizados num curto espaço de tempo em nada contribui para a verificação de qualquer tipo de simulação, mormente quando, como já dito, tais operações geraram, e ainda geram, efeitos concretos para as partes contratantes.

Por fim, se a opção adotada pelas empresas gerou, de fato, uma economia tributária, tal consequência é indissociável das demais consequências patrimoniais também observadas; o planejamento tributário, insista-se, é franqueado e autorizado por lei, desde que praticado através de atos concretos (sem a interposição de negócios fictícios evasão, na acepção mais estrita da palavra). A escolha da estrutura operacional de determinada reorganização societária é direito e garantia constitucional do contribuinte e, sobre ela, não cabe ao fisco opinar para dizer que este ou aquele passo é mais ou menos complexo, pena de malferir o já citado princípio da legalidade e, mais, a própria garantia da livre iniciativa (art. 170 da CF88).

De toda a estrutura proposta e concretizada, contudo, há apenas uma etapa que causa perplexidade, aventada, inclusive, pelo próprio Acórdão Recorrido; e tal perplexidade exsurge do valor atribuído pelas empresas e CDB SENDAS aos ditos ativos intangíveis utilizados para integralizar parte do capital majorado das empresas-veículo.

Esta situação foi, de fato, tratada pela instância inferior e cujo trecho transcrevo a seguir:

[...]

Este, a meu ver, é o único ponto que desafia, efetivamente, questionamentos mais incisivos, principalmente se considerarmos que as empresas-veículo tinham, como únicos ativos, os direitos de exploração dos fundos de comércio. E, frise-se, os laudos de avaliação apontaram para valores muito superiores àqueles declinados nos atos de integralização de seus respectivos capitais sociais.

É possível inferir, desta abordagem, questionamento próximo à fundamentação do ágio registrado, que distinguiria a decisão do Acórdão n.º 1302-002.694 em ponto determinante para a solução dada no paradigma n.º 1301-001.297, como antes referido. Assim, a rejeição do paradigma n.º 1301-001.297 naqueles autos não evidencia qualquer incongruência com sua admissibilidade, nestes autos, para caracterização da divergência na matéria *Da legalidade da operação realizada nos termos do art. 36, da Lei n.º 10.637/2002*. Ausente oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional contra o acórdão recorrido, as evidências, eventualmente também presentes nestes autos, no sentido de que *o ágio amortizado pelo contribuinte teve*

*origem em ato ilícito e inválido para todos os fins*, como afirmado no Acórdão n.º 1302-002.694, não caracterizam fundamento autônomo que evidencie a inutilidade do recurso especial interposto pela Contribuinte.

Por tais razões, o recurso especial da Contribuinte também deve ser CONHECIDO neste segundo ponto.

### Recurso especial da Contribuinte - Mérito

As divergências jurisprudenciais aqui suscitadas já foram enfrentadas por este Colegiado em face das glosas do mesmo ágio, promovidas no ano-calendário 2004 e veiculadas no processo administrativo n.º 15563.000871/2008-91. Naquela ocasião, o recurso especial da Contribuinte foi admitido em relação às matérias que aqui tiveram seguimento, bem como a outros aspectos, mas o entendimento firmado no julgamento do recurso voluntário, objeto do Acórdão n.º 1401-001.623, foi mantido por maioria de votos<sup>7</sup> no Acórdão n.º 9101-004.289, nos seguintes termos do voto do relator, ex-Conselheiro André Mendes de Moura:

Sobre a admissibilidade, adoto as razões do despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2472/2486, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei n.º 9.784, de 1999 1, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para conhecer do recurso especial da Contribuinte, em relação às matérias (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei n.º 10.637/2002”.

Passo ao exame do mérito.

As quatro matérias devolvidas dizem respeito à apreciação da possibilidade, ou não, da amortização da despesa de ágio efetuada pela Contribuinte.

Assim sendo, o presente voto propõe, inicialmente, apresentar uma análise histórica e sistêmica sobre o assunto.

Posteriormente, será realizada a apreciação do caso concreto.

#### **1. Conceito e Contexto Histórico**

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60

<sup>7</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente), e divergiram no mérito as Conselheiras Livia de Carli Germano e Cristiane Costa.

unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ( $60 + 10 + 12 = 82$  unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural<sup>8</sup>. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

<sup>8</sup> IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento. Contudo, mesmo com a nova redação, **remanesceu o mesmo núcleo da hipótese de incidência que autoriza o aproveitamento do sobrepreço do texto anterior**, tanto nos aspectos pessoal, material e temporal, que serão apreciados no decorrer do voto. Basta verificar que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência, não sofreram alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

Assim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o **caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997**, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

## 2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

## 3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1.º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

#### **4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida**

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1.º e 2.º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1.º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)

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

§ 2.º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de

quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão<sup>9</sup>.

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997<sup>10</sup>, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI<sup>11</sup> ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

<sup>9</sup> Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

<sup>10</sup> Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

<sup>11</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista<sup>12</sup> que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporadora (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto

<sup>12</sup> Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

no art. 248 da Lei n.º 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

#### **5. Amortização. Despesa.**

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

*Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).*

*§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*

*§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).*

*§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.*

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99<sup>13</sup>.

Percebe-se que a despesa de amortização de ágio constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se **submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99**.

#### **6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente**

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

<sup>13</sup> Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

## 7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.**

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA<sup>14</sup>.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.*

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária.*

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B,

<sup>14</sup> ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI<sup>15</sup>, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

---

<sup>15</sup> SCHOUERI, 2012, p. 62.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

Enfim, vale dizer que, não obstante a publicação da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, no qual o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, a nova redação não promoveu nenhuma alteração nos aspectos pessoal, material e temporal da norma que permite o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, **precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência e os aspectos pessoal, material e temporal**, não sofreram qualquer natureza de alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

#### **8. Sobre o Art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002**

Debates vem sendo travados em razão dos eventos ocorridos sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, que foi revogado pela Lei nº 11.196, de 2005:

Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica. (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.(Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

O suporte fático tratado pelo artigo trata do diferimento do ganho de capital sob determinadas condições.

A **empresa A** é detentora de investimento, avaliado pelo MEP, na **empresa B**. De acordo com a regra geral, caso o investimento da **empresa B** seja reavaliado, a **empresa A** deveria tributar o ganho de capital auferido, conforme art. 438 do RIR/99<sup>16</sup>.

O dispositivo do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, trouxe uma exceção. A **empresa A** faz a reavaliação das ações que possui na **empresa B**, e integraliza o aumento de capital da **empresa C** utilizando-se das ações reavaliadas da **empresa B**. Consolida-se estrutura societária no qual a **empresa A** controla diretamente a **empresa C**, e a **empresa C** controla diretamente a **empresa B**.

Autoriza o dispositivo em análise que o ganho de capital auferido na transação decorrente da reavaliação do investimento da **empresa B** seja diferido, até o momento em que o investimento seja realizado (§ 1º). E estabelece que **não** se considera realização do investimento a *eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação* (§ 2º). Ou seja, se a empresa B e a empresa C foram objeto de evento de transformação societária, não seria hipótese de realização do investimento, e, por isso, permaneceria o diferimento do ganho de capital.

Ocorre que várias pessoas jurídicas entenderam que, o evento de transformação societária previsto no § 2º, envolvendo as **empresas B e C, também teria repercussão** na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, o que permitiria a amortização do ágio decorrente da reavaliação do investimento.

Nesse contexto, foram engendradas várias operações, no sentido de construir o suporte fático previsto pelo *caput* do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, para reavaliar as ações da **empresa B**, integralizar aumento de capital da **empresa C** com as ações reavaliadas da **empresa B**, contabilizar o ágio decorrente da reavaliação do investimento, para, logo em seguida, promover a incorporação da **empresa B** pela **empresa C**, e promover a amortização da despesa do ágio.

Ora, a **pessoa jurídica investidora** é a **empresa A**, que possui o investimento, a **empresa B**. Na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, a **empresa A** tinha previsão legal para reavaliar o investimento sem a necessidade de oferecer à tributação ganho de capital, reavaliação que deu origem ao ágio. De qualquer forma, foi a **empresa A** que tomou a decisão de reavaliar seu investimento, promoveu os estudos necessários para fundamentar a reavaliação e por consequência o ágio apurado, e, portanto, em nenhum momento deixou de ser a **pessoa jurídica investidora** na acepção do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Por sua vez, a **pessoa jurídica investida** é a **empresa B**, que teve suas ações reavaliadas.

E, conforme já observado, a transformação societária prevista no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, envolve a **empresa B** e a **empresa C**. Ora, ausente no evento de incorporação, fusão ou cisão a **empresa A (pessoa jurídica investidora)**, não se

<sup>16</sup> Art. 438. Será computado na determinação do lucro real o aumento de valor resultante de reavaliação de participação societária que o contribuinte avaliar pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida do aumento do valor do investimento constitua reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 3º).

consoma a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 que autoriza a amortização da despesa do ágio.

Nesse sentido, os **eventos decorrentes de reestruturação societária sob a vigência do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não tem nenhuma repercussão** na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

### 9. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que eleger, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

### 10. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de despesa de amortização de ágio efetuada pela Contribuinte, no decorrer do ano-calendário de 2004, conforme tabela do Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 454.

Discorre a Contribuinte, no recurso especial, que o Grupo Pão de Açúcar (“GPA”) e o Grupo Sendas (“GSendas”) decidiram, ainda em dezembro de 2003, unificar suas operações, por meio da criação de uma *joint venture*.

Assim, deram-se uma sequência de operações no decorrer de dezembro de 2003 e no ano-calendário de 2004, que foram objeto de apreciação pela autoridade fiscal.

Encontram-se descritos, no Termo de Verificação Fiscal, às e-fls. 443/447, os eventos societários empreendidos no decorrer dos anos de 2003 e 2004 visando a unificação das operações dos dois grupos empresariais.

A Contribuinte, no recurso especial, relata que:

42. Ou seja, a combinação de negócios a valor de mercado era condição absolutamente necessária para duas partes independentes e com acionistas minoritários, cada uma.

43. De toda forma, dentre os vários caminhos jurídicos existentes para que a associação fosse implementada, o Grupo Pão de Açúcar e o Grupo Sendas optaram pela constituição de sociedades de propósito específico (Rio Patea e Serra do Andaraí) que reunissem, em princípio, o patrimônio que seria aportado na associação (a valor contábil), para posterior conferência a mercado das participações societárias de tais sociedades (conferência esta sujeita ao disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/02).

44. A Recorrente assim procedeu porque o citado o art. 36 possibilitava a avaliação a mercado de participação societária, o que, no seu caso específico ajudou - e muito - a equalização das participações dos dois grupos que as constituiu. Mais do que isto: graças à existência de tal dispositivo é que foi possível, em tempo curtíssimo, implementar a Associação, tal como se estabeleceu no Memorando de Entendimentos e no respectivo Acordo de Acionistas (que, apesar de mencionado e acostado aos presentes autos, não foram lidos de maneira cuidadosa pela fiscalização).

45. Assim, no contexto da operação efetivamente levada a efeito, coube à Recorrente recepcionar as participações em Rio Patea e Serra do Andaraí já avaliadas pelos valores de mercado e, em seguida, absorver os respectivos acervos patrimoniais para consolidar a *joint venture* com patrimônio líquido valorado a preço de mercado.

Como se pode observar, optaram o GSendas e o GPA pela constituição de sociedades de propósito específico (SPE), quais sejam, RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ, para reunirem, “em princípio”, o patrimônio a ser aportado para constituir a *joint venture*, que seria avaliado a valor contábil, e, na ocasião em que fossem efetuadas as conferências para subscrição e integralização das SPE, as participações seriam reavaliadas e contabilizadas pelo valor de mercado, com base no disposto no art. 36 da Lei nº 10.673, de 2002.

Contudo, constatou a autoridade autuante que, as participações das SPE foram transferidas para a Contribuinte e, em brevíssimo lapso temporal, a Contribuinte incorporou as SPE (RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Segue transcrição das operações societárias apresentadas no voto da DRJ:

133.2 De acordo com o Relatório e documentação acostada aos autos, SENDAS e SÉ acionistas majoritárias de SENDAS DISTRIBUIDORA S/A, instituída em 29.02.2004, se tornaram, ambas, únicas sócias de RIO PATEA e SERRA DO ANDARAÍ, respectivamente, em 19.04.2004 e 15.04.2004.

133.3 A RIO PATEA, instituída em 09.01.2004 por Marcelo Turssardi Paolini e Celina Pannunzio, com capital subscrito de RS 100,00, teve seu capital inicialmente aumentado, também em 19.04.2004, pelos adquirentes originais CBD e NOVASOC, igualmente sócias de SENDAS DISTRIBUIDORA S/A, mediante transferência do

Por sua vez, entendeu a Contribuinte que a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado do investimento constituir-se-ia em sobrepreço “pago”, ágio que poderia ser submetido à amortização, porque, com a incorporação das SPE (**ocorrida no ano-calendário de 2004**), ter-se-ia consumado a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Ocorre que, pela **primeira verificação** proposta no presente voto, disposta no tópico 9 do presente voto, a operação societária descrita não se enquadra na hipótese de incidência prevista pela norma que permite a amortização do ágio.

As operações realizada no contexto do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, inspiração do GSendas e do GPA para consolidação da *joint venture*, puderam ser úteis para fins de viabilizar a unificação das atividades dos grupos, mas **não guardam repercussão na hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997**, nos termos do tópico 8 do presente voto.

A reavaliação do investimento, por ocasião da integralização das participações societárias do GSendas e do GPA nas pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, e posterior incorporação das mesmas pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA pela Contribuinte, não se enquadram na situação prevista pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Não ocorreu a comunicação patrimonial entre investidor e investida no evento de incorporação. A incorporação no caso concreto envolveu as pessoas jurídicas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, **que não podem ser qualificadas como investimento (investida) na operação**, vez que são empresas interpostas e efêmeras criadas especificamente para receber o investimento, nos termos do tópico 7 do presente voto.

O que se operacionalizou foi uma utilização das empresas RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, criadas especificamente para a consecução do negócio, com capital social inicial de R\$100,00 e duração efêmera, e posteriormente objeto de subscrição e integralização de quotas de participação do investimento reavaliado, para se construir artificialmente uma incidência tributária que pudesse se amoldar aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Nesse contexto, mostram-se precisas as conclusões da decisão recorrida:

Não restam dúvidas, portanto, de que as operações em sequência terminaram produzindo o ágio interno e o ágio de si mesmo. Na prática, o ágio de si mesmo denota que não houve nem aquisição envolvendo terceiros. E de fato, não houve. O que houve, como já se disse alhures, foi apenas que os dois grupos resolveram reavaliar seus ativos, equalizando os preços um com o outro de forma paritária (meio a meio), onde o fiel da balança foi o aporte financeiro feito pelo grupo Pão de Açúcar na Rio Patea. Ao final tais ativos foram acomodados na SENDAS

---

fundo de comércio da primeira, avaliado em R\$ 10.000,00, e transferência do acervo líquido e fundo de comércio da segunda, avaliados em R\$ 114.709.239,00. As mesmas, na mesma data, cederam a total de suas participações à SENDA DISTRIBUIDORA S/A, de que eram sócias.

133 A SERRA DO ANDARAÍ, instituída em 03.09.2003, com capital de R\$ 100,00, pelos sócios Marcelo TrussardiPaolini e Celina Pannuzio, foi adquirida pela SENDAS em 15.04.2004, tendo seu capital aumentado para R\$ 15.000,00, em moeda corrente, R\$ 4.950,00 e transferência do fundo de comércio, avaliado em R\$ 10.000,00.

133.5 Ambas, SENDAS e SE, transferem a totalidade de suas cotas na RIO PATEA e na SERRA DO ANDARAÍ, em, respectivamente, 19.04.2004 e 28.05.2004, para SENDAS DISTRIBUIDORAS/A.

133.6 Através da AGE de 30.04.2004 foram incorporados os patrimônios líquidos das duas sociedades a SENDAS DISTRIBUIDORA, fls. 74/106, Anexo II).

133.7 Em 30.06.2004 SENDAS DISTRIBUIDORA, mediante 4a. alteração contratual (fls. 142/146, Anexo II), resolve, incorporar RIO PATEA, por avaliação de R\$ 618.340.702,00, sendo que o acervo líquido e fundo de comércio que lhe foram transferidos em 19.04.2004, somassem R\$ 114.729.139,00.

133.8 Em 28.05.2004, SENDAS DISTRIBUIDORA, mediante 3a. alteração contratual (fls. 183/185, anexo II), resolve incorporar SERRA DO ANDARAÍ por avaliação de R\$ 853.904.369,00, sendo que o fundo de comércio, que lhe foi transferido em 15.04.2004, para aumento do capital, somasse R\$ 10.000,00.

DISTRIBUIDORA também meio a meio. Ou seja, não houve até esse ponto, qualquer aquisição de um grupo pelo outro, mantendo-se a independência cada qual do seu acervo original. Como também já se disse, aqui se tratou apenas de uma etapa preparatória para uma futura aquisição do grupo Sendas pelo grupo Pão de Açúcar, que de fato ocorreu depois dos fatos aqui tratados.

Outrossim, em seu recurso a Recorrente se agarra na possibilidade de o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 poder diferir o ganho de capital na operação, porém este permissivo legal não dá azo ao contribuinte de criar situações artificiais de aproveitamento do ágio.

Portanto, não há como se acolher nenhuma das matérias devolvidas, (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002”.

Isso porque, tendo em vista que os eventos previstos no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, não guardam repercussão com a hipótese de incidência de amortização de despesa com ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ou seja, não há nenhuma subsunção à norma legal, a apreciação se esgota em termos da legalidade da operação, razão pela qual não há que se falar em improcedência da decisão recorrida (matéria 1), ou em discussão sobre legalidade de negócio jurídico indireto (matéria 3), ou sobre legalidade da operação construída precisamente com base no art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002 (matéria 4). Reforça-se que aqui não se discute a legalidade do art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, mas sim que o dispositivo não tem repercussão nos eventos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. E, sobre a utilização de empresas denominadas “veículo” (matéria 2), como poderiam ser rotuladas a RIO PATEA e SERRA DO ANDARA, tendo sido empresas que participaram do evento de incorporação, e não podendo ser qualificadas na condição de investidor, e tampouco de investida (investimento), impedem o enquadramento da situação autorizada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, para que possa ser aproveitada a despesa de amortização de ágio.

Assim sendo, deve ser mantido o lançamento fiscal em relação à matéria ágio.

#### Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer** do recurso especial da Contribuinte, em relação às matérias (1) “improcedência da decisão recorrida, ainda que se considere o ágio como interno”; (2) “utilização de empresa veículo e a alegada impossibilidade de amortização do ágio”; (3) “legalidade do negócio jurídico indireto para fins tributários e ausência de abuso de direito” e (4) “legalidade da operação, nos termos do art. 36 da Lei nº 10.637/2002”, e, no mérito, **negar-lhe provimento**. (*destaques do original*)

Tais fundamentos são, aqui, adotados, mas vale também adicionar o voto proferido por esta Conselheira no Acórdão nº 9101-005.778, e que prevaleceu, por maioria de votos<sup>18</sup>, para reformar o paradigma nº 1302-001.977:

Em contrarrazões, a Contribuinte defende a dedutibilidade dos valores amortizados porque correspondentes à *diferença entre o valor nominal das quotas/ações e o valor pago por elas em razão da incorporação de sociedade empresária* e afirma a validade de sua operação com suporte no disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, que entende ter sido editado para *incentivar essas operações societárias*, não se verificando qualquer simulação ou abuso de direito, Observa que *estando essa despesa correlacionada com o ganho de capital na outra “ponta da operação”*. *glosar a despesa apurada na empresa investidora significa negar a existência do ganho de capital, sendo este o fato impondível*

<sup>18</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiram no mérito os conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Daniel Ribeiro da Silva.

*para tributação, sob pena de tributar uma despesa correlata a uma receita cuja tributação foi postergada, consubstancia bitributação e ainda, exigência de tributo, sob fato não imponible. Assim, a manutenção do ganho de capital na Parte B do LALUR infirmaria a existência de simulação, e, diante da declaração de ausência de dolo, fraude ou simulação, qualquer ato praticado é convalidado, justamente pelo permissivo legal, o que ratifica a utilização de argumentos que vão de encontro aos interesses recursais, implicando no seu desprovimento.* Conclui, assim, que:

54/63. Portanto, as despesas decorrentes das diferenças entre o valor nominal das ações integralizadas e aquele aferido no laudo de avaliação não podem ser glosadas, sob argumento de simulação, fraude ou dolo, e ainda, sob abuso de direito haja vista:

- a) a confirmação da existência das operações;
- b) a observância dos ditames legais;
- c) a evidente bitributação derivada dessa glosa, vez que o ganho capital ainda haverá de ser tributado quando de sua realização.

55/64. Por essas razões, deve ser negado provimento ao Recurso Especial, na remota hipótese do referido recurso ser conhecido, como amplamente exposto.

O Prof. Roque Carrazza, no Parecer posteriormente juntado, menciona também que os óbices invocados no voto vencido do acórdão recorrido somente surgiram com o advento da Lei n.º 12.973/2014 e que o art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 dispensaria *pagamento efetivo em numerário*, além de se estender na objeção à aplicação do art. 116 do CTN.

Em recurso voluntário, para além das preliminares enfrentadas no acórdão recorrido, defendeu a dedutibilidade das amortizações porque houve aquisição por valor superior ao patrimônio líquido da investida e porque não há restrição à incorporação da controladora. Observou que a legislação brasileira não estabelece *conceito de ágio gerado internamente* e que *mesmo em casos de ágios gerados internamente (o que entendemos que não é o caso em tela), não se pode concluir necessariamente não se revestirem de efetividade econômica*. Referiu fundamentos do Acórdão n.º 1101-00.708, equiparou os figurantes da operação societária em tela aos abordados naquele julgado e concluiu que este Conselho *confirmou que não existe qualquer vedação legal para apropriação do ágio nessa operação*. Acrescentou que todos os requisitos contábeis foram cumpridos, sendo regularmente emitido o laudo de avaliação econômica fundamentadora do ágio, de modo que diante da *aquisição de uma sociedade*, com a unificação posterior da rentabilidade futura com o investimento, válida seria a amortização do ágio, mormente se demonstrado o motivo econômico da operação.

Como visto, não há contestação dos fatos refletidos na acusação fiscal e no acórdão recorrido: a participação societária na atuada, detida por MS Administração e Participações S/A, constituída pelos antigos sócios pessoa física da atuada, é integralizada em 12/08/2004 no capital social da pessoa jurídica recém criada Sigma Participações S/A, pelo valor de R\$ 209.196.950,00, resultando no reconhecimento de ágio no valor de R\$ 179.504.355,98, seguindo-se sua incorporação em 16/09/2004 pela atuada, ensejando a contabilização, por esta, do correspondente ágio em ativo diferido e sua amortização a partir de setembro/2004. A Contribuinte, de seu lado, afirma que, à semelhança do caso analisado no Acórdão n.º 1101-00.708, houve aquisição de investimento lastreada em rentabilidade futura e posterior incorporação da controladora. Contudo, o que se constata é que, ao final das operações referidas, a atuada volta ao controle de MS Administração e Participações S/A, mas passa a apresentar, em seu patrimônio, ágio pautado na reavaliação do investimento detido pela controladora original, cuja amortização reduziu o lucro tributável a partir de setembro/2004, e foi objeto de glosa, nestes autos, nos anos-calendário 2007 e 2009.

Desde a edição do paradigma n.º 9101-002.300, de 7 de abril de 2016, este Colegiado tem se manifestado contrariamente à amortização fiscal de ágio constituído em circunstâncias semelhantes. Na sequência são transcritas as razões de decidir expressas

pela Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão n.º 9101-002.388 (“Caso Gerda”), que reformou o Acórdão n.º 1101-00.708 invocado pela Contribuinte, e cujos fundamentos, aqui adotados, refutam os argumentos de defesa da Contribuinte:

O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei n.º 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

*Lei n.º 9.532, de 1997*

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

.....  
*III - **poderá amortizar o valor do ágio** cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n.º 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 n.º 9.718, de 1998) .(Negritei)*

*Decreto-lei n.º 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio*

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

#### *11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio*

##### *a) GERAL*

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

##### *b) DATA-BASE*

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

#### *11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio*

*(...)*

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

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

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

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

#### *11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio*

##### **CONTABILIZAÇÃO**

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

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

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

*(...).*

#### *11.7.6 Ágio na Subscrição*

*(...)*

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

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

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

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

*Tal diferença representa, na verdade, uma reavaliação de ativos, mas não registrada pela Empresa B, por não ser obrigatória.*

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

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

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

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

*Do ponto de vista tributário, à luz do art. 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL e difere a tributação do ‘ganho de capital’ registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em ‘sociedade veículo’ ou de participação ‘casca’, a ser em seguida incorporada”.*

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

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

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

*“Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxergar-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma*

*evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social, qual seja, **mensuração a valores de saída**, utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.*

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

(...)

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

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

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

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

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

*Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP n.º 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).*

*Atualmente, o art. 36 da Lei na 10.637/02 foi revogado pela Lei na 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."*

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP n.º 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução n.º CFC n.º 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

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

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

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

Em 2011, inclusive, o Comitê quando aprova o CPC nº 15, que trata das demonstrações contábeis acerca da combinação de negócios e seus efeitos, deixa expresso que o Pronunciamento não alcança a combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum:

#### **Objetivo**

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

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

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

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

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

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

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

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 101-96724, 103-23.290, 105-17.219.

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

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

*EM n.º 00187/2013 MF*

*Brasília, 7 de Novembro de 2013*

*Excelentíssima Senhora Presidenta da República,*

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

*1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade*

*Social COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.*

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

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

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

(...)

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

(...)

*Os arts. 19 e 20 dispõem sobre o tratamento tributário a ser dado à mais ou menos-valia que integrará o custo do bem que lhe deu causa na hipótese de fusão, incorporação ou cisão da empresa investida. Tendo em vista as mudanças nos critérios contábeis, a legislação tributária anterior revelou-se superada, haja vista não tratar especificamente da mais ou menos-valia, daí a necessidade de inclusão desses dispositivos estabelecendo as condições em que os valores poderão integrar o custo do bem para fins tributários. Os referidos dispositivos devem ser analisados juntamente com o disposto nos arts. 35 a 37.*

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

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

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei n.º 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis n.º 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

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

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

*Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)*

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

*II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do **caput**; e (Redação dada pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)*

*III - ágio por rentabilidade futura (**goodwill**), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do **caput**. (Incluído pela Lei n.º 12.973, de 2014) (Vigência)*

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

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

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

Não fossem apenas essas diferenças, mas o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da Lei n.º 12.973, de 2014, é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

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

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

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

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

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

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

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

Frise-se que, diversamente do que alegado pela Contribuinte em contrarrazões, o negócio jurídico realizado foi pormenorizadamente analisado no acórdão recorrido, e a definição de seus contornos daí resultante, ao mesmo tempo em que ensejou, no Colegiado *a quo*, a interpretação majoritária de que a operação era válida em razão do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, motiva, nesta análise, a constatação de que a mais-valia atribuída à participação societária detida na autuada não se caracteriza como ágio e não é passível de amortização na apuração do lucro tributável.

Em consequência, neste ponto, nenhum relevo tem o debate em torno da ocorrência de simulação ou de aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN. Como bem exposto nas razões antes transcritas, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 *não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.* E, destaque-se, não se trata de negar a natureza de ágio porque não houve pagamento em espécie, mas sim porque a onerosidade não afetou terceiro.

No mais, bem exposto está, nas razões antecedentes, que o conceito expressamente adotado na Lei nº 12.973/2014 sempre esteve presente na legislação tributária por decorrência do próprio conceito contábil de ágio.

Assim, afastada a dita *convalidação do negócio jurídico conforme as leis da época dos fatos*, e isto mediante análise das características específicas das operações realizadas, resta desconstituída qualquer substância ou validade alegada para o negócio jurídico, mostrando-se desnecessária a referida análise dos documentos contábeis correspondentes, ou mesmo do registro em LALUR do ganho de capital correlato. Basta, para a glosa promovida no âmbito da apuração do lucro real pela Contribuinte autuada, a constatação de que o valor amortizado decorreu de mera reavaliação do investimento internamente ao grupo societário. *(destaques do original)*

Reitera-se, aqui, a conclusão de que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 *não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe falar em mais-valia.* Desnecessário, assim, avaliar se há simulação relativa, abuso de direito ou se é aplicável, ou não, o art. 116, parágrafo único do CTN. As amortizações glosadas não correspondem a ágio que possa afetar a apuração do lucro tributável.

Por tais razões, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa

Fl. 59 do Acórdão n.º 9101-006.850 - CSRF/1ª Turma  
Processo n.º 15563.720274/2015-13