ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.001482/2010-52

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

Processo nº	16327.001482/2010-52
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-002.805 – 1ª Turma**
Sessão de	10 de maio de 2017
Matéria	ÁGIO.
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	BANCO GMAC S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO DE SI MESMO. CUSTO. FUNDAMENTOS CONTÁBEIS. INCONSISTÊNCIA.

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando surgido em transações envolvendo partes independentes. Nos casos em que seu aparecimento acontece no bojo de transações entre entidades sob o mesmo controle, o ágio não tem consistência econômica ou contábil. Por impactar diretamente a escrituração contábil, a amortização do ágio, nesse contexto, deve ser expurgada do resultado do exercício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para análise das demais questões postas no recurso voluntário, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Adriana Gomes Rego.

(assinatura digital)
Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente.

(assinatura digital)
Luís Flávio Neto - Relator.

(assinatura digital)
Adriana Gomes Rego - Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, Andre Mendes de Moura, Luis Flavio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Jose Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado em substituição à ausência da conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Gerson Macedo Guerra, Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela **Procuradoria da Fazenda Nacional** (doravante "**PFN**" ou "**recorrente**"), em que é recorrida **Banco GMAC** (doravante "**GMAC**", "**contribuinte**" ou "**recorrida**"), em face do Acórdão n. **1301-001.224** (doravante "**acórdão *a quo*"** ou "**acórdão recorrido"**), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção (doravante "**Turma *a quo***").

O recurso especial versa sobre a dedutibilidade do ágio produzido em operações societárias realizadas dentro de um mesmo grupo. O acórdão recorrido assim apresenta os fatos presentes neste caso **(e-fls. 1.197-1.198)**:

> **(i)** Em 01.11.2004, a empresa de consultoria Ernst & Young Consultores Associados Ltda havia encaminhado à General Motors Acceptance Corporation, dos Estados Unidos, um laudo de avaliação encomendado por esta sobre o valor de mercado do Banco General Motors S.A., antiga denominação do Banco Gmac S.A., levando em conta a expectativa de seus rendimentos futuros. **(ii)** O laudo de avaliação apresentado pela Ernst & Young estima, com as fórmulas e metodologia de cálculos que descreve, que o valor justo de mercado do Banco naquela data, baseado em sua rentabilidade esperada entre julho de 2004 e dezembro de 2020, portanto, um período de 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses, é de **R$ 957.414.000,00** (Novecentos e cinqüenta e sete milhões quatrocentos e quatorze mil reais), valor que inclui a perspectiva de lucro do Consórcio Nacional GM Ltda no período de julho de 2004 a dezembro de 2008. fls. 17 a 58. **(iii)** Antes disso, em 15.09.2004 foi constituída uma empresa denominada Mynchuan Participações Ltda, CNPJ 07.021.761/000179, com capital de R$ 100,00 (cem reais) dividido em 100 (cem) quotas de R$ 1,00 (hum) real, com sede na Rua Boa Vista, 254, 7º andar sala 721, Centro, São Paulo/SP, tendo como sócios quotistas uma empresa denominada Schaft Participações Ltda., CNPJ 03.347.239/000120, com sede no mesmo endereço, detentora de 99 (noventa e nove) quotas, e outra empresa denominada Gesellschaft Participações Ltda., CNPJ 04.654.506/000175, com sede no mesmo endereço, detentora de 1 (uma) quota (fls. 59 a 70). **(iv)** Em alteração de contrato social datada de 19.11.2004, a Schaft Participações Ltda., cedeu suas 99 quotas de R$ 1,00 cada para a General Motors Acceptance Corporation, sociedade com sede nos Estados Unidos da América e a Gesellschaft Participações Ltda, cedeu sua única quota de R$ 1,00 para o sr. Rudolfus Robertus Grin, holandês, casado, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE nº V330772U, CPF nº 227.856.58850, domiciliado na Av. Indianópolis, nº 3.096, Planalto Paulista, São Paulo/SP, para onde, nesse mesmo ato, foi transferida a sede social da Mynchuan Participações Ltda e sua razão social foi alterada para Braco Participações Ltda (fls. 71 a 86). **(v)** Em 23.11.2004, os sócios da Braco Participações decidiram aumentar o capital social da sociedade de R$ 100,00 para **R$ 957.414.000,00** (novecentos e

> cinqüenta e sete milhões quatrocentos e quatorze mil reais) mediante a criação de 957.414.000 (novecentos e cinquenta e sete milhões e quatrocentos e quatorze mil) novas quotas de R$ 1,00 cada, todas subscritas pela General Motors Acceptance Corporation, e integralizadas mediante a conferência de **396.561.097** (trezentos e noventa e seis milhões quinhentos e sessenta e um mil e noventa e sete) quotas representativas de parte do capital social da General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 de titularidade da General Motors Acceptance Corporation. (vi) No dia 24.11.2004, a General Motors do Brasil Ltda., CNPJ 59.275.792/000150 promoveu uma redução no valor de **R$ 396.561.097,00** (trezentos e noventa e seis milhões quinhentos e sessenta um mil e noventa e sete reais) de seu capital social, valor esse representado pela sua participação no capital do Banco General Motors S. A. para entregar esses haveres à Braco Participações Ltda., que passa a ser detentora desse valor no capital do Banco General Motors S.A. e se retira da participação no capital da General Motors do Brasil S.A. (fls. 109 a 120.). **(vi)** Em 03.12.2004, o Banco General Motors S.A. realizou sua 47a Assembleia Geral Extraordinária, para deliberar sobre a incorporação da Braco Participações Ltda., (incorporação reversa, pois as quotas do capital do Banco Gmac pertenciam à Braco Participações), cujo capital em 23.11.2004 era de **R$ 957.414.000,00**. O capital do Banco, que era de **R$ 268.862.720,13** (duzentos e sessenta e oito milhões oitocentos e sessenta e dois mil setecentos e vinte reais e treze centavos) passou para **R$ 268.862.820,13** (duzentos e sessenta e oito milhões oitocentos e sessenta e dois mil oitocentos e vinte reais e treze centavos), representando um aumento de capital de apenas **R$ 100,00**, que era o valor antes de 23.11.2004 (fls.121 a 127).

A 5ª Turma da DRJ/RJ1, por meio do acórdão n. 12-37.900, julgou a impugnação administrativa improcedente, mantendo o lançamento de forma integral **(e-fls. 917 e seg.)**. A decisão restou assim ementada:

> **ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**
> Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
> DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO
> Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.
> JUROS DE MORA
> Os juros de mora incidentes sobre os débitos não pagos no prazo são equivalentes à taxa referencial do SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.
> **ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**
> Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA
> Falta competência à autoridade administrativa para se pronunciar a respeito da conformidade de lei, validamente editada pelo Poder Legislativo, com os preceitos da Constituição, que atribui esta função ao Poder Judiciário.
> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. CONTROLADA QUE INCORPORA A CONTROLADORA. ÁGIO DE SI PRÓPRIA NA INCORPORAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. ABUSO DE DIREITO.
O ágio pressupõe a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico para a aquisição, configurando a contraposição de uma receita (para o vendedor) a um custo (para o comprador).
Na incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a sua controladora, não se justifica a contabilização, por parte da incorporadora, de ágio de si própria, se não estão presentes os pressupostos do ágio e resta configurada uma duplicação do ágio já contabilizado pela investidora original. Nessas circunstâncias, revela-se incabível a dedução da amortização do ágio para fins de apuração do lucro real.
CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DA ESTIMATIVA. COM A MULTA ACOMPANHADA DO TRIBUTO.
A multa de ofício aplicada isoladamente sobre o valor do imposto apurado por estimativa, que deixou de ser recolhido, no curso do ano-calendário, é aplicável concomitantemente com a multa de ofício calculada sobre o imposto devido com base no lucro real anual igualmente não recolhido, em razão de se fundamentarem em infrações distintas.
ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL
Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS. CONTROLADA QUE INCORPORA A CONTROLADORA. ÁGIO DE SI PRÓPRIA NA INCORPORAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. ABUSO DE DIREITO.
O ágio pressupõe a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico para a aquisição, configurando a contraposição de uma receita (para o vendedor) a um custo (para o comprador).
Na incorporação às avessas, na qual a controlada incorpora a sua controladora, não se justifica a contabilização, por parte da incorporadora, de ágio de si própria, se não estão presentes os pressupostos do ágio e resta configurada uma duplicação do ágio já contabilizado pela investidora original. Nessas circunstâncias, revela-se incabível a dedução da amortização do ágio para fins de apuração da base de cálculo da contribuição social.
COMPENSAÇÃO DE BASES NEGATIVAS. LIMITAÇÃO. EFEITOS
A busca dos efeitos da limitação em 30% na compensação de prejuízos não pode ficar restrita, isoladamente, a cada período de apuração ou aos períodos abrangidos pela ação fiscal. Cabe à Fiscalização, tendo como limite temporal o último período de apuração exigível ao término da ação fiscal, e observado o limite legal, levar em conta valores apurados nos períodos fiscalizados, recompondo, inclusive, as compensações efetuadas pelo contribuinte.
CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DA ESTIMATIVA. COM A MULTA ACOMPANHADA DO TRIBUTO.
A multa de ofício aplicada isoladamente sobre o valor do imposto apurado por estimativa, que deixou de ser recolhido, no curso do ano-calendário, é aplicável concomitantemente com a multa de ofício calculada sobre o imposto devido com base no lucro real anual igualmente não recolhido, em razão de se fundamentarem em infrações distintas.
Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

Nesse seguir, foi interposto recurso voluntário pelo contribuinte (**e-fls. 997 e seg.**). A Turma *a quo,* por maioria dos votos, deu provimento integral ao recurso voluntário para reconhecer a legitimidade da dedução das despesas com amortização de ágio (**e-fls. 1.194 e seg.**). O acórdão recorrido restou assim ementado:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**
> Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009
> DECADÊNCIA. NÃO HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS.
> Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização.
> PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.
> Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito.
> INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.
> A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O "abuso de direito" pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio.
> Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE
> Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

Cientificada das aludidas decisões, a PFN interpôs Embargos de Declaração (**e-fls. 1.224 e seg.**), os quais não foram admitidos (**e-fls. 1.244 e seg.**). A PFN, então, interpôs recurso especial, arguindo divergência de interpretação quanto à dedutibilidade da amortização do ágio produzido por meio de operações societárias entre empresas do mesmo grupo econômico (**e-fls. 1.248 e seg.**)

O recurso especial foi integralmente admitido por despacho **(e-fls. 1.265 e seg.).** Em breve síntese, em seu recurso, a PFN alega que:

> - "O art. 20, § 2º da referida norma impõe, ainda, que o registro do ágio deva indicar o respectivo fundamento econômico, dentre aqueles por ela escalados: valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas; valor de rentabilidade da

coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros" (**e-fls. 1.258**).

- "Na hipótese em que o fundamento econômico seja a **rentabilidade** futura da controlada, a norma não esmiúça a forma como comprová-la (art. 20, § 2º, "b"; acima). Entretanto, sendo essa a opção, o contribuinte deve juntar os documentos que exponham a previsão dos resultados futuros da controlada investida, por exemplo, através de laudos de avaliação" (**e-fls. 1.258**).
- "Entretanto, por incrível que pareça, o "ágio" registrado pelo contribuinte decorre de avaliação de empresa **que não foi adquirida**. Com efeito, os documentos existentes fazem referência à avaliação do Banco GM, que, a toda evidência, JAMAIS FOI VENDIDO NEM ADQUIRIDO POR NINGUÉM" (**e-fls. 1.260**).
- "Assim sendo, não existe nos autos qualquer documentação (laudo de avaliação, por exemplo) que comprove a avaliação da empresa GMB quando suas ações foram alienadas para BRACO pela GMAC, como exige o art. 20, § 2º, "b" do Decreto 1.598/77" (**e-fls**. **1.261**)
- "Conclui-se, nessa esteira, que a GMAC simplesmente capitalizou as quotas da GMB na BRACO, e, esta, sem nenhum documento que revelasse uma possível rentabilidade futura, registrou o "ágio" fundado em resultados positivos em exercícios futuros do BGM, que por sua vez não foi adquirido por ninguém! Dando continuidade a essa saga societária mediante a redução de capital da GMB, sobreveio a incorporação da BRACO pelo recorrente, despido, uma vez mais, de qualquer laudo da rentabilidade futura da incorporada" (**e-fls. 1.262**).

Cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial da PFN **(e-fls. 1.276 e seg.)**, argumentando, em breve síntese, que:

- Há oposição ao conhecimento do recurso especial. A recorrente não teria indicado quais seriam os pontos de divergência entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma n. 1301-001.224 (**e-fls. 1279**). A recorrente teria argumentado somente que não houve laudo de avaliação que fundamente o ágio. Estas alegações teriam sido apresentadas em Embargos de Declaração e haveriam sido sumariamente rejeitadas por não haver exigência legal para realização do laudo (**e-fls. 1279**). Os acórdãos paradigmas não tratariam sobre o ponto trazido pela Fazenda no Recurso Especial: a necessidade de laudo de avaliação de rentabilidade futura (**e-fls.1282**).
- "Assim, não há que se falar em laudo de avaliação econômica da GMB, simplesmente porque nenhum ágio relativo à GMB foi amortizado. A amortização ora discutida foi do ágio registrado pelo Braco em relação à Recorrida, sendo que, para este ágio relativo à Recorrida, havia um laudo de avaliação econômica preparado por empresa independente e especializada, conforme exigido pela lei fiscal" (**e-fls. 1.290**).

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator.

Sustenta o contribuinte que o recurso especial interposto pela PFN não deveria ser conhecido, conforme acima relatado.

Contudo, compreendo que a recorrente apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF, bem como que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial, concluindo corretamente quanto à legitimidade de seu integral conhecimento.

O acórdão nº 1202-000.890 trata de operação realizada entre empresas do mesmo grupo (ágio interno), reputando o ágio nela apurado como ilegítimo pois "Nos casos de ágio gerado internamente, a artificialidade está na conduta de majorar o patrimônio apesar da inexistência de efetivo desembolso de recursos e de efetiva mudança de controle acionário, sendo incabível a apropriação de despesas que não foram incorridas, vez que não há aquisição de nova propriedade quando não há transferência de controle entre as empresas." Segundo esse entendimento, o assim chamado "ágio interno", por si, seria ilegítimo.

O acórdão recorrido, por sua vez, compreendeu inexistir óbice na apuração de ágio em operações do mesmo grupo, sendo necessário verificar as condições de cada caso.

Seria possível, portanto, aplicar a decisão adotada no paradigma, alterando o seu resultado, o que evidencia a sua aptidão para demonstrar a divergência de interpretação entre as Turmas.

Assim, voto pelo conhecimento do recurso especial interposto.

1. A amortização fiscal das despesas de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

A palavra "ágio" conduz à ideia de um *sobrepreço* que se paga por algo, um valor superior a determinado parâmetro.[1]

Um exemplo simplificado é útil para situar essa ideia geral. Na década de 90, em plena transformação da indústria automobilística brasileira, era comum que as concessionárias levassem meses para receber da fábrica os automóveis adquiridos por seus clientes. O cliente comum, ansioso para receber o automóvel em que empenhava as suas economias, era submetido a uma longa e angustiante espera mesmo após já ter concretizado a compra. As concessionárias, então, vislumbraram nisso uma oportunidade: adquiriam antecipadamente alguns automóveis novos, assumindo o risco (baixo, devido à elevada procura) de não os vender. Assim, aos clientes eram apresentadas duas possibilidades: *(i)* a aquisição do veículo pelo preço de tabela, com a espera de alguns meses até a entrega pela fábrica ou; *(ii)* a aquisição do veículo em estoque (entrega imediata), com o acréscimo um determinado valor sobre o preço da tabela, a título de "ágio".

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do "ágio" referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *sobrepreço* com o objetivo de desfrutar da posse do veículo antecipadamente, ao que estaria destituído dessa fruição imediata caso optasse por desembolsar apenas o preço de tabela do bem. Já o vendedor, por sua vez, seria

[1] Vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 13 e seg.

recompensado pelo risco assumido e pelo adiantamento à fábrica do custo do automóvel. O "ágio", nesse simplório exemplo outrora corriqueiro no mercado automobilístico brasileiro do varejo, ilustra bem quão normal é o pagamento de *sobrepreços*, bem como que este pode ser justificado por motivos distintos sob as perspectivas dos dois polos do negócio jurídico (adquirente e alienante).

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à **aquisição de participação societária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras)**. No período atinente ao caso ora sob julgamento, como se verá a seguir, o legislador reconhecia como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo da empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

1.1. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial ("MEP)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento, avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante "**MEP**"). "*Ágios"* e "*deságios"* são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: à época dos fatos presentes nestes autos, era exigido de companhias investidoras que evidenciassem o fato de que que parte do investimento mantido em empresa controlada ou coligada não se justificaria pelo valor patrimonial desta, mas sim por um *ágio* despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo qual se incorreu neste.[2]

Nos idos de 1976, a Lei n. 6.404 ("Lei das SAs") regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248:

> "Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:
> (…)"

A legislação brasileira passou a prever que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas ou coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, deveriam desdobrar o custo destas em: ***(i)*** valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e; ***(ii)*** ágio ou deságio eventualmente presente na aludida aquisição:

> **Decreto-lei n. 1.598/77**
> Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
> I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e
> II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.
> § 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em

[2] Após a Lei 12.943/2014, **que se aplica a período posterior ao dos presentes autos,** o ágio por expectativa de rentabilidade futura se tornou residual ao valor justo dos ativos da investida.

> subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.
> § 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
> a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
> b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
> c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.
> § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras *a* e *b* do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.
>
> Avaliação do Investimento no Balanço
> Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:
> I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.
> II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;
> III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;
> IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.
> V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

O ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente da empresa investidora, na conta de investimento (ativo diferido), seria amortizado mediante débito ou crédito em seu lucro líquido. A referida amortização, no entanto, seria meramente contábil, não podendo (ainda) gerar efeitos fiscais. Ainda do ponto de vista da contabilidade, vale observar que o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise.

Note-se que a apuração ou mesmo amortização contábil do aludido *ágio por expectativa de rentabilidade futura*, escriturada pela empresa investidora em função do MEP, sempre se manteve neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria. Essa foi a regra estabelecida pelo Decreto-lei 1.598/77:

> Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Contudo, como será analisado no subtópico seguinte, a amortização fiscal do do ágio, à fração 1/60 ao mês, passou a ser possível a partir da edição da Lei n. 9.532/97, que previu uma *fórmula operacional básica* a ser seguida pelo contribuinte para a dedutibilidade da referida despesa.

1.2. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido de **2005 a 2009**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis diante das alterações legislativas sobre a matéria.

Com a edição da Lei n. 9.532/97, o legislador ordinário alterou sensivelmente as consequências tributárias do ágio por expectativa de rentabilidade futura. A partir de então, passou a ser possível o aproveitamento do ágio à fração 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma ***fórmula operacional básica***, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado, com a redução da base de cálculo do tributo, no mínimo em 60 meses, nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

É o que se observa dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97:

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

> **avos, no máximo, para cada mês do período de apuração**[3];
>
> IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.
>
> § 1º O valor registrado na forma do inciso I **integrará** o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.
>
> § 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta **deverá registrar**:
> **a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;**
> b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.
>
> § 3º O valor registrado na forma do inciso II do *caput*:
> a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
> b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.
>
> § 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.
>
> § 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito.
>
> **Art. 8º**. O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:
> a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
> b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Analiticamente, nos termos da Lei n. 9.532/97, a hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura requer que seja executada uma *fórmula operacional básica*, a saber:

> - Aquisição de investimento, por quaisquer das formas em Direito admitidas, com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

[3] Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;

- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido pelo MEP;

- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);

- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa);

- Exclusão de até 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo.

Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 prescreveram que, na ***hipótese*** de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da *fórmula operacional básica* estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), **então a consequência jurídico-tributária** *deve ser* a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição).

No ambiente jurídico em questão, para que o contribuinte fizesse jus à dedutibilidade do ágio, deveria preencher os referidos critérios. No presente caso, então, para que a fiscalização tributária logre êxito na glosa de despesas de ágio excluídas da base de cálculo do tributo, deverá demonstrar a simulação ou outras formas de não cumprimento de algum desses requisitos.

2. Aquisição de investimento de partes relacionadas mediante a integralização de ações avaliadas a valor de mercado e com apuração de ganho de capital diferido.

A Lei n. 12.973/2014 prescreveu a regra de que operações de aquisição de participação acionária entre partes dependentes não devem ter efeitos fiscais para fins amortização de agío. Conforme já se advertiu acima, contudo, o presente caso não é regido por essa Lei, tendo em vista que os fatos se reportam a período muito anterior à sua edição.

Essa distinção quanto às normas aplicáveis ao caso é relevante. Ocorre que, até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia na legislação brasileira vedação expressa ou mesmo qualquer referência a essa figura que, no jargão, tornou-se popular chamar "***ágio interno***". Por se tratar de um rótulo, que surgiu da experiência diante de situações concretas e não da Lei n. 9.532/97, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que emanam da qualificação de uma operação como "ágio interno", sem perder de vista as peculiaridades da situação concreta ora trazida a esta CSRF.

Em termos muito gerais, o chamado "ágio interno" consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes estranhas entre si, não ligadas, não relacionadas, não dependentes. Em geral, há a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra,

pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o ágio foi constituído "*internamente"*, sem a participação de agentes *externo.*

Assim como operações realizadas entre partes independentes societariamente podem se revelar artificiais (com conluio, por exemplo), quando se está diante de operações rotuladas de "ágio interno", é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante "**válido**" ou "**inválido**". Enquanto o primeiro, *ágio interno válido*, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, o *ágio interno inválido* não gera qualquer direito à dedutibilidade dessas despesas. Nas ponderadas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA[4], "*há ágios internos e 'ágios internos'* ".

A *pedra de toque* deste julgamento, portanto, consiste em qualificar o caso concreto como *ágio interno válido* (operações juridicamente existentes) ou *ágio interno inválido* (operações simuladas).

2.1. O "ágio interno válido", cujos efeitos jurídicos devem ser reconhecidos pela administração tributária.

É compreensível que operações realizadas entre partes relacionadas permaneçam no radar da fiscalização tributária, tendo em vista a maior facilidade para a manipulação de atos cometidos *intramuros*. No entanto, no presente caso, a presença de partes relacionadas não é determinante ou mesmo relevante para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Essa assertiva encontra fundamento ao menos em duas evidências jurídicas, com as quais é convergente uma evidência de natureza contábil.

Sob a perspectiva da contabilidade, ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS[5] suscitam que a máxima contábil, de que "só se ativa o ágio por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade", demanda a questão do que seja "entidade". Esclarecem os professores que, enquanto países como EUA adotam a tradição da elaboração de balanços consolidados, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual.* Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial.

O argumento contábil, então, restringe substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo "ágio interno". A partir de tal constatação, LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA[6] acertadamente suscitam que "o substantivo 'ágio', para receber o adjetivo 'interno', teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de ***ágio interno artificial***, desde que, evidentemente, resta caracterizada a ***simulação*** da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma".

[4] TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2012, p. 194.

[5] MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, *in* Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo: Dialética, 2013.

[6] SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

Em boa medida, essa tradição contábil brasileira reflete o contexto jurídico vigente no Brasil ao tempo dos fatos deste processo administrativo. Por essa razão, há convergência com duas evidências jurídicas quanto à irrelevância de ligação entre as partes da operação de aquisição de investimento com ágio, tal como aquela que está sob julgamento: *(i)* o princípio da legalidade e o completo silêncio do legislador (período anterior à Lei n. 12.973/2014) e; *(ii)* todos os requisitos exigidos pelo legislador para a apuração e amortização fiscal do ágio podem potencialmente ser cumpridos em operações realizadas entre entre partes ligadas.

A ***primeira evidência jurídica*** referidas, atinente ao princípio da legalidade, decorre da inexistência de qualquer reação do legislador competente à hipótese de realização de operações entre partes ligadas, especialmente no que pertine à amortização de eventual ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado.

O reclamo por uma lei para a restrição à *liberdade de empresa* do contribuinte não necessita de maiores justificativas. As restrições às liberdades fundamentais, quando permitidas, devem ser veículas por lei que expresse com clareza a decisão do legislador competente. A exigência de clareza decorre também dos princípios da *segurança jurídica*, *certeza do direito* e *confiança*, pelos quais se requer que o legislador estabeleça os critérios para que a sua decisão restritiva seja executada pela administração fiscal. Tais critérios devem fornecer caracteres que possibilitem ao executor da lei, sem arbítrios, segregar situações qualificáveis como legítimas de outras, consideradas vedadas, não toleradas.

Nas situações em que *partes ligadas, relacionadas, dependentes* sejam critérios para segregar situações legitimamente geradoras de direitos de outras, nas quais o Direito tributário não reconhece as mesmas consequências, esses conceitos devem ser claramente delimitados pelo legislador. **Por não se tratar de conceito vulgar, mas sim técnico, é imprescindível delimitação legal**.

Um bom exemplo pode ser colhido da sistemática dos preços de transferência prevista pela Lei n. 9.430/96, aplicável exclusivamente na hipóteses "operações efetuadas com pessoa vinculada" (art. 18). Como não poderia ser diferente, em seu art. 23, a da Lei n. 9.430/96 expressamente prescreve os critérios para que os contribuintes e a administração fiscal identifiquem quando há e quando não há *vinculação* entre as partes envolvidas na operação.

O mesmo se dá em relação à matéria objeto deste recurso especial.

A Lei n. 12.973/2014, em seu art. 22, passou a prescrever que, em operações ocorridas a partir de sua edição, a apuração de ágio (*good will*) apenas poderá se dar na hipótese de "aquisição de participação societária entre partes não dependentes". Por não se tratar de conceito vulgar, mas técnico, o legislador necessariamente deveria definir critérios para identificar a referida *dependência*, o que o fez no art. 25 da aludida lei, como segue:

> "Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:
> 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.
> Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial."

Sobre esse ponto, a Lei n. 12.973/2014 contrasta e torna o silêncio da Lei n. 9.532/97 ainda mais eloquente: apenas a partir da edição dessa nova lei passou a ser vedada a apuração fiscal de ágio na *aquisição de participação societária entre partes dependentes*. Inovou-se o sistema jurídico, com o estabelecimento de critérios para identificação de operações alcançadas pela referida restrição legal.

Como até o 2014 o legislador não vedava a apuração de ágio em restruturações societárias realizadas entre partes relacionadas, considerando tal fator como *a priori* irrelevante, a Lei n. 9.532/97 não prescreveu quaisquer critérios para distinguir situações em que as partes fossem ligadas ou independentes. **A ausência de critérios prescritos pelo legislador, por exemplo quanto ao grau de dependência admitido (ou, *o grau de independência exigido*), impossibilita que o intérprete adote arbitrariamente requisitos subjetivos e apriorísticos.**

Nesse seguir, nos casos ocorridos antes da edição da Lei n. 12.973/2014, sob pena de ofensa à legalidade, não pode haver discriminação de operações pelo fato exclusivo de não haver a participação de terceiros independentes na operação, inclusive por não haver parâmetros legais para a delimitação de conceito de *dependência* no bojo da Lei n. 9.532/97.

A ***segunda evidência jurídica***, que deve ser considerada no julgamento deste recurso especial, consiste na constatação de que todos os requisitos exigidos pela Lei n. 9.532/97, para a apuração e amortização fiscal do ágio, podem potencialmente ser cumpridos em operações em que partes ligadas estejam presentes ou não.

Como é sabido, no período dos fatos geradores atinentes ao presente caso, vigia norma segundo a qual "apenas" seriam relevante os seguintes critérios para se aferir a possibilidade ou não da amortização fiscal do ágio: ***(i)*** aquisição de investimento em pessoa jurídica com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura; ***(ii)*** fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição; ***(iii)*** desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido; ***(iv)*** absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou *vice-versa*), de forma que a amortização do ágio se processe contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição) e, ainda, ***(v)*** deve ser respeitado o limite quantitativo de 1/60 ao mês para a amortização do ágio.

O requisito ***(i)*** deve ser aferido a partir das regras de aquisição de participação societária prescritas no âmbito do Direito privado. Dessa forma, a aquisição de participação societária, referida pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97, poderá se dar por quaisquer das formas em Direito admitidas.

Nesse universo de possibilidades para aquisição de participação societária, em caráter não exaustivo, podem ser citados exemplos como doação, permuta ou alienação realizadas pelo proprietário das ações de uma pessoa jurídica, bem como a integralização de dinheiro, de bens imóveis, de bens móveis ou mesmo direitos relacionados a bens intangíveis (marcas, patentes, direitos de imagem etc), entre outas, realizadas como contribuição ao capital social da pessoa jurídica.

No caso ora sob julgamento, houve a prática de negócio jurídico típico e tradicional no ordenamento brasileiro, caracterizado pela aquisição de participação societária em uma pessoa jurídica mediante a composição do capital social desta com participação societária detida em outra pessoa jurídica. A referida operação de integralização de ações ocasiona, indiscutivelmente, *aquisição de participação societária* na empresa investida.

O requisito ***(ii)***, requerido pela Lei n. 9.532/97, consiste, como se viu, em sacrifícios econômicos ou financeiros para a aquisição da partição societária com sobrepreço (ágio). Não requereu o legislador que houvesse fluxo de moeda na operação, o que restringiria a apuração de ágio para fins fiscais apenas às hipóteses de integralização de dinheiro ao capital social de pessoa jurídica ou, ainda, à alienação de partipação societária em troca de dinheiro. Na verdade, o legislador não distinguiu sacrifícios financeiros ou econômicos inerentes a quaisquer das formas em Direito admitidos para a aquisição de partipações societárias.

Quando uma empresa (A) integraliza ações de uma determinada empresa (B) no capital de outra (C), o ordenamento jurídico brasileiro outorga a possibilidade dessas ações serem vertidas a *valor histórico* ou a *valor de mercado*. Trata-se de uma opção fiscal. Se a referida integralização ocasionar a aquisição de participação societária equivalente ao valor de mercado das ações integralizadas, então deverá ser apurado o correspondente ganho de capital, nos termos da legislação tributária aplicável. Se, por outro lado, a contribuição ao capital social da empresa investida se limitar ao valor histórico da partipação societária integralizada, então não haverá, naturalmente, ganho de capital a ser apurado.

Em relação a esse requisito, o que distingue o *ágio interno válido* do *ágio interno inválido* é a artificialidade das operações realizadas. O *ágio interno válido* pressupõe que a avaliação das ações, pois se mentirosa fosse, estar-ia simulando o sacrifício econômico que corresponde ao requisito ***(ii)*** para a amortização fiscal do ágio. Diante da simulação da transmissão desses direitos que, na verdade, inexistem, não há como admitir-se a apurado e amortizado fiscal do ágio.

O requisito ***(iii)***, atinente ao desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio incorrido, pode igualmente ser cumprido. Na apuração do MEP, se for o caso, o custo de aquisição do investimento deve ser desdobrado no valor patrimônio líquido da empresa investida e no sobrepreço incorrido, justificado por expectativa de rentabilidade futura.

Não é demais repetir que, como o *ágio interno válido* tem como condição a verdade dos atos praticados, a expectativa de rentabilidade futura deve ser real. Dito de outro modo, as avaliação, os laudos ou outros meios de prova utilizados pelo contribuinte para justificar o sobrepreço incorrido não podem ser inconsistentes, artificiais.

O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n. 01/2007 não representa óbice para o cumprimento desse requisito no presente caso. Conforme esse pronunciamento, para o registro, mensuração e evidenciação do ágio pela contabilidade, seria necessário independência entre as

partes da operação. A recomendação em questão, contudo, seria aplicável **exclusivamente às companhias de capital aberto**, de forma a sequer influenciar o caso ora em análise, em que está em cena empresa de capital fechado.

Por sua vez, para o cumprimento do requisito ***(iv)***, que consiste na absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou pela pessoa jurídica investidora (ou *vice-versa*), naturalmente seria totalmente indiferente anterior operação de aquisição entre partes ligadas. Portanto, também não há óbice potencial ao cumprimento desse requisito.

Para encerrar, o requisito ***(v)*** exige o respeito ao limite quantitativo de 1/60 do ágio ao mês na apuração da base de cálculo do tributo, cujo cumprimento, naturalmente, independe da questão ora sob análise.

Nesse cenário, como até a edição da Lei n. 12.973/2014 seria possível a existência de *ágio interno válido*, oponível ao fisco, é ilegal reputar como ilegítima operação de aquisição de investimento exclusivamente por esta ter sido realizada entre partes ligadas, à revelia da demonstração da prática de atos simulados pelo contribuinte.

A análise dos precedentes do CARF traz exemplos de casos envolvendo *ágio interno* reputado de *válido*, nos quais verificou-se inexistir simulação, como se observa das ementas a seguir:

> IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei n° 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. 0 ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.
> **ÁGIO INTERNO. A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vinculo, não é relevante para fins fiscais.**
> **ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO. Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vinculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7° e 8° da Lei n° 9.532, de 1997.**
> ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ART. 109 CTN.
> **ÁGIO. ÁGIO INTERNO. É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerado adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.**
> DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO. Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a

> alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de oficio, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO. Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação). ELISÃO. Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vicio. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária licita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental. SEGURANÇA JURÍDICA. A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.
> (Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)
>
> Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS. Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercitar, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquinar de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco**. O "abuso de direito" pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.
> (Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Nesse cenário, como norma prescrita pelo legislador competente (até a edição da Lei n. 12.973/2014), deve ser reconhecido o ágio gerado por operação real, não simulada, independentemente de haver sido conduzida entre partes relacionadas, ligadas, dependentes.

2.2. O "ágio interno inválido": definição de "simulação" e critérios legais para a qualificação do caso concreto.

Os casos rotulados de "*ágio interno inválido"* são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo empresarial, consideradas sem causa legítima, fictícias, artificiais, simuladas. O que os torna ilegítimos não é a realização de operações entre partes ligadas, mas a simulação que contamina tais operações, com o dolo de evadir tributos. Ao julgar o presente caso, a análise criteriosa esperada deste Tribunal requer esta consideração.

Nesse labor, é preciso rejeitar silogismos circulares, capazes de comprometer a correta aplicação das normas tributárias pertinentes, como este:

> - Premissa 01: Operações com partes relacionadas, quando simuladas, não dão direito à amortização do ágio.
>
> - Premissa 02: Operações realizadas sem a participação de terceiros são, por si, simuladas.
>
> - Conclusão: Operações com partes relacionadas nunca dão direito à amortização do ágio.

O vício desse silogismo decorre da "premissa 02", que não é verdadeira. Não se pode assumir que operações realizadas entre partes dependentes sejam, apenas por essa razão, viciadas.

Nos presentes autos, compreendo ser juridicamente mandatório que o lançamento tributário apenas se mantenha caso se logre demonstrar que a amortização fiscal do ágio, tal como levada a termo, seja parte de um processo engrendrado por meio de atos simulados, com o dolo específico de deduzir indevidamente despesas para a evasão de tributos.

Como a *pedra de toque* para a solução da matéria ora sob julgamento está centrada no reconhecimento da **simulação**, faz-se necessário compreender adequadamente esse instituto.

As decisões do CARF até o fim do século XX apresentavam duas características fundamentais quanto à simulação: (*i*) a simulação seria um *vício de consentimento*, cuja mácula consistiria na divergência entre a *vontade interna*, subjetiva, e a *vontade declarada*; (*ii*) seria exigida a demonstração dos atos realizados às escuras, divergentes daqueles levados ao público.[7] Assim, no acórdão n. 01-01857, de 15.05.95, julgado pela CSRF[8], foram refutadas as alegações de simulação formuladas pela fiscalização, tendo em vista a inexistência de provas de que a vontade das partes, levada a cabo nos documentos formulados para uma incorporação, seria contraditória com a vontade intima efetivamente presente.

[7] Nesse sentido, vide: BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 214.
[8] CARF, CSRF, acórdão n. 01-01857, de 15.05.95.

Contudo, FABIO PIOVESAN BOZZA[9] sugere que, desde meados de 2005, a concepção de *simulação* no âmbito do CARF teria se tornado preponderantemente *causalista*, com contraposição à postura *voluntarista* até então. O elemento fundamental para a caracterização da simulação não seria mais a divergência subjetiva, entre a vontade interna das partes e a manifestada nos negócios realizados. O foco, a partir de então, passaria a ser a incompatibilidade objetiva entre o modelo adotado nas operações realizadas para o negócio supostamente pretendido pelas partes.

A partir daí, embora não se possa dizer que seja estanque a referida divisão, em muitos julgamentos passaram a ser despiciendas as provas quanto à verdadeira vontade das partes ou da prática de atos às escondidas (*modelo subjetivo*). Em vez disso, pelo *modelo objetivo*, passaram a ter lugar deduções lógicas decorrentes de indícios dos mais variados, vocacionados a demonstrar a divergência do negócio realizado com a sua causa típica. Paradoxalmente, observa FABIO PIOVESAN BOZZA[10], "o conceito objetivo de simulação tornou-se de aplicação subjetiva".

Do Direito positivo, é necessário observar que o art. 149, VII, do CTN, atribui ao agente fiscal a competência e o dever de realizar o lançamento tributado "quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação". O legislador tributário não edificou um instituto distinto de "simulação fiscal", mas laborou com remissão normativa, acolhendo o conceito normativo de "simulação" prescrito pelo Direito privado.

No Código Civil, a tutela da simulação se dá com o art. 167:

> Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
> § 1. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
> I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
> III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.
> § 2. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Desse modo, no âmbito do Direito civil e, por remissão do legislador complementar, também do Direito tributário, são reais e existentes atos de transmissão de direitos que efetivamente façam com que seja alterado o titular de direitos e obrigações de um determinado acerto patrimonial. Operações que apenas *simulam* essa transmissão devem ser transparentes aos olhos da fiscalização tributária. Já operações que ocultam a prática de outro negócio jurídico devem ser desmascaradas: inoponível, a operação dissimulada, por transparente aos olhos do fisco, conduz a que se desvende a operação verdadeira que se procurou ocultar, à qual devem ser aplicadas as consequências tributárias correspondentes à espécie.

Assim, por exemplo, não há direito à amortização fiscal de ágio apurado em operação de integralização de ações, em que se tenha simulado uma supervalorização da participação societária objeto de contribuição. A utilização de laudos de avaliação forjados,

[9] BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 218-224.
[10] BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo : IBDT/Quartier Latin, 2015, p. 228.

sem lastro em critérios técnicos e aleatórios, evidencia a simulação e macula de forma insanável um dos critérios necessários para a amortização fiscal do ágio, qual seja, *sacrifício econômico ou financeiro incorrido para aquisição de participação societária com sobrepreço.* Da mesma forma, se o valor atribuído às ações oferecidas como contribuição à aquisição da participação societária é artificial, não se cumpre o *sacrifício* correspondente ao sobrepreço que se alega incorrer.

São conhecidas decisões deste Tribunal quanto ao *ágio interno inválido*, em que restou caracterizada a simulação e, por consequência, foram negados os efeitos fiscais de aquisições realizadas entre partes relacionadas, com a atração, por dever funcional do agente fiscal (ato vinculado e não discricionário), da aplicação de multa de 150%. Como exemplo, vale observar o seguinte precedente:

> Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. **ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade (que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada.** COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados. (LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

Vale também observar que o nosso Colegiado (1ª Turma da CSRF), por unanimidade, recentemente julgou caso de *ágio interno inválido* (acórdão n. 9101-002.427). Naquele caso, restou evidenciada a simulação do sacrifício econômico alegadamente incorrido pelo contribuinte e a artificialidade do laudo de expectativa de rentabilidade futura. Fez-se necessário, portanto, descontinar a real situação jurídica, de forma a evidenciar a ausência de fundamento para a amortização fiscal do ágio. Tendo em vista a estrutura engrendrada com o intuito doloso de evadir tributos, manteve-se, naquele caso, a qualificação da multa para o percentual de 150%.

2.3. Âmbito de competência administrativa e inexistência de norma geral de reação a planejamentos tributários subjetivamente reputados "abusivos".

Uma última questão, que influencia e é influenciada pelas análises anteriormente expostas neste voto, diz respeito ao âmbito de competência administrativa (da fiscalização e dos Conselheiros deste Tribunal) para declarar inoponíveis os efeitos jurídicos de planejamentos tributários subjetivamente reputados como "abusivos".

Diante da inexistência de simulação, de qualquer vedação legal aos atos praticados pelo contribuinte, bem como do cumprimento de todos os requisitos legais exigidos para a apuração e amortização fiscal do ágio, a administração fiscal, com base no Direito vigente à época dos fatos, possuía competência para realizar a glosa objeto deste processo administrativo, mediante a desconsideraração dos efeitos jurídicos que defluiriam de um planejamento tributário subjetivamente reputado como "abusivo" pelo agente fiscal?

Longe de ser uma questão meramente teórica, o tema requer atenção à estrutura de separação dos poderes que rege o sistema jurídico brasileiro. Decisão que desconsidere esse fator atentará contra valor que corresponde a uma das poucas cláusula pétreas da Constituição Federal. É preciso ter claro, então, se a administração fiscal possui ou não competência para considerar inoponível as operações realizadas pelo contribuinte, à revelia de decisão do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário nesse sentido.

Não se trata de questão reclusa ao Direito brasileiro. Geralmente, há nos ordenamentos jurídicos estrangeiros *normas gerais* (*general anti avoindance rules – GAAR*) ou *normas específicas (specific anti avoindance rules – SAAR*) para a reação aos planejamentos tributários considerados *abusivos*. As *normas gerais de reação ao planejamento tributário* se prestam a alcançar algumas ou todas as espécies tributárias, com a prescrição de critérios para a identificação do *abuso*. Já as *normas específicas* incluem no âmbito de incidência da norma tributária, casuisticamente, situações que a experiência tenha demonstrado serem utilizadas pelo contribuinte como substitutas não tributadas ou ainda menos onerosas e que, por decisão do legislador, devem ser submetidas àquela tributação mais onerosa.

Dos sistemas jurídicos estrangeiros percebe-se, ainda, influxo dos Poderes Legislativo e Judiciário na edificação de normas jurídicas de delimitação da intolerância a planejamentos tributários qualificados como abusivos. Países com tradição no *civil law*, em que normas de reação ao abuso no planejamento tributário são prescritas pelo Legislador, encontram no Poder Judiciário um agente competente para aperfeiçoar o conceito de "abuso", como ilustram alguns exemplos. Na Alemanha, embora o legislador tenha tutelado ativamente a *norma de reação ao abuso de formas*, o Poder Judiciário tem sido decisivo no estabelecimento de testes para a delimitação do conceito de "abuso" (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1919, 1931, 1977 e 2007). Na França, berço da teoria da intolerância ao *abuso do direito*, o Legislador tem sido igualmente ativo, embora o Poder Judiciário também tenha sido decisivo para a evolução da GAAR vigente naquele país, como se observa do conhecido caso JANFIN[11], cuja decisão foi recentemente acolhida pelo legislador francês (vide evoluções normativas claras ocorridas em 1940, 1963, 1987 e 2008).

Por sua vez, sistemas jurídicos com tradição anglo-saxonica (*commom law*), em tese, teriam como característica a competência do Poder Judiciário para enunciar GAAR ou SAAR, pelo método dos precedentes judiciais. Contudo, mesmo em sistemas com essa tradição

[11]FRANÇA. Corte de Cassação. Caso Sté Janfin, n. 260050, 2006.

jurídica, essa competência também pode ser exercida pelo Poder Legislativo. Como exemplo, nos EUA, em que a doutrina do *propósito negocial* foi edificada de forma fragmentada e casuística nos variados tribunais espalhados pelo território norte-americano, o Poder Legislativo, em 2008 ("*Obama Care"*), decidiu delimitar e uniformizar o conceito de "abuso" que deveria ser obedecido pela administração fiscal.

A revisão desses sistemas jurídicos estrangeiros pode contribuir ao menos com dois elementos importantes para o julgamento do presente caso. Primeiro, a variedade de normas, procedimentos e critérios para a delimitação do conceito de "abuso" nesses países demonstra ser correta a assertiva de KLAUS VOGEL, no sentido de que cada Estado possui o seu próprio *hidrômetro de intolerância ao planejamento tributário*, tendo em vista as suas peculiares tradições, necessidades e experiências.

Segundo, como a legalidade em matéria tributária está entre os princípios geralmente aceitos pelas nações civilizadas, os sistemas jurídicos estrangeiros citados têm em comum a exigência de lei, em sentido estrito, para a edificação de normas de reação ao planejamento tributário abusivo, com a possibilidade de certa atuação Poder Judiciário na enunciação normativa. Contudo, em nenhum desses sistemas estrangeiros foi outorgada à administração fiscal a competência para estabelecer, à revelia de decisão vinculante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, critérios próprios para a identificação do que seja "abuso" e das consequências dai decorrente.

No entanto, dogmas do Direito estrangeiro não podem ser importados acriticamente na aplicação do Direito pátrio, o que exige que se investigue as normas brasileiras que tutelam a matéria.

A Constituição Federal brasileira de 1988 traz consigo um sistema tributário peculiar: ao contrário de muitos outros ordenamentos, prescreve de forma analítica e detalhada princípios, arquétipos e regramentos para o Direito tributário[12]. Não seria de se estranhar que o Legislador Constitucional houvesse se preocupado com o controle do *planejamento tributário*, prescrevendo dispositivo com o objetivo de tutelar a matéria. Em tese, essa questão pode ser relevante ao julgador administrativo, sem prejuízo da Súmula n. 2 do CARF. Se houvesse uma norma constitucional de aplicação imediata, com limites objetivos ao planejamento tributário, a fiscalização poderia encontrar fundamento na Constituição Federal para a desconsideração de planejamentos tributários considerados *abusivos.*

O peculiar detalhismo da Constituição brasileira, contudo, **não** chegou ao ponto da previsão de uma norma geral de reação a planejamentos tributários considerados abusivos, mas estabeleceu que compete ao legislador complementar regular a matéria por meio de norma geral ("GAAR") e, ao legislador ordinário, a competência para prescrever normas específicas ("SAAR").

Normas constitucionais relevantes para a matéria, especialmente aquelas que asseguram o Direito à livre iniciativa, à livre concorrência, à legalidade, à segurança jurídica, à igualdade, à solidariedade e à observância da capacidade contributiva na eleição legal do fato gerador, obrigam que se reconheçam premissas importantes, como: *i)* não se sustentam, no Brasil, teses sobre o "Direito de não pagar tributos" e nem sobre o "Dever fundamental de pagar tributos", já que vige o *dever de contribuir com tributos validamente prescritos em lei*;

[12] Nesse sentido, vide: CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo : Ed. Malheiros, 2000. p. 269 e seg.

ii) a norma constitucional se limita a atribuir *competência* ao legislador para regular a liberdade do contribuinte à realização de seus *planejamentos tributários*, mas não possui eficácia para legitimar, de forma imediata, a reação da Administração tributária a situações consideradas abusivas; *iii)* para a reação ao *abuso*, deve ser enunciada lei complementar de reação a planejamentos tributários realizados conforme determinado padrão não tolerado, a qual encontraria limites materiais nos nas normas constitucionais analisados.

Vale também observar que, embora o Brasil tenha raízes no *civil law*, a adoção da *cultura dos precedentes* (decisões com repercussão geral ou em sede de ADI, no âmbito do STF, ou recursos repetitivos, no âmbito do STJ) faz com que caminhemos para uma sistema híbrido, com traços do *commom law*, em que o Poder Judiciário possui competência para enunciar regras vinculantes. No entanto, até o momento, o Poder Judiciário brasileiro, não tem interferido para o delineamento de uma *norma geral de intolerância ao planejamento tributário*, remanescendo, sobre a matéria, a feição mais tradicional do *civil law*. Tampouco há decisões judiciais vinculantes específicas sobre o objeto do presente recurso especial, que reputem alguma forma de amortização fiscal de ágio como abusiva.

Ocorre que, em conformidade com o art. 146 da Constituição Federal, compete ao legislador complementar decidir se haverá uma norma geral de reação a planejamentos tributários e, nesse caso, qual o critério para a identificação das hipóteses as quais o fisco não deverá tolerar (*hidrômetro da intolerância*). Esse legislador complementar, no ordenamento tributário vigente, enunciou apenas norma de reação à simulação (CTN, arts. 149, VII e 116, parágrafo único), deixando ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o procedimento especial para que se descortinem os casos de *dissimulação.*

Nesse cenário, embora muito se discuta o assunto, o legislador complementar brasileiro sempre limitou os poderes da administração fiscal para desconsiderar atos praticados pelo contribuinte, restringindo-os para tornar inoponíveis apenas atos "simulados". Não há a outorga, pelo legislador competente (lei complementar) para que a administração fiscal considere inoponível atos que não possam ser qualificados como "simulados".

Isso significa que o legislador competente não considera o conceito de "simulação", tal como prescrito pelo Direito civil, tão estreito a ponto de permitir atos que não deveriam ser tolerados, nem tão amplo a ponto de permitir arbitrariedades por parte do fisco. O legislador tributário complementar, desde e edição do CTN (anos 60) até hoje, considera suficiente a intolerância da administração fiscal à prática de atos simulados, reconhecendo-se a legitimidade das demais práticas.

Merece destaque que a única revisão dos limites estabelecidos originalmente pelo CTN ocorreu em 2001, com a introdução de parágrafo único ao art. 116 por meio da Lei Complementar n. 105. Trata-se de revisão extremamente tímida, com hipótese de incidência já contemplada pelo art. 149, já que a *dissimulação* corresponde à *simulação relativa.* Além disso, a norma introduzida no parágrafo único do art. 116 do CTN é de *eficácia contida,* pois depende de lei ordinária para lhe dar operacionalidade. Mesmo após quinze da introdução do referido dispositivo pela Lei Complementar n. 105, nenhuma lei ordinária foi aprovada nesse sentido no âmbito federal.

Mesmo o legislador ordinário, portanto, possui competência apenas para regular o procedimento especial que deve ser seguido pela administração fiscal para a desconsideração de atos dissimulados (CTN, art. 116, parágrafo único). A competência para a tutela de questões inerentes à norma geral lhe foram atribuídas pelo legislador complementar

de forma restrita, apenas a fim de que regule o procedimento especial de aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN. Não compete ao legislador ordinário, desse modo, prescrever outras hipóteses à norma geral de intolerância ao *planejamento tributário*.

O legislador ordinário também possui competência para enunciar *normas específicas* de controle de *planejamentos tributários* (SAAR). No caso, apenas em 2014 o legislador ordinário exerceu a referida competência para tutelar o tema do *ágio interno*, impedindo o sua amortização para fins fiscais (Lei n. 12.973/2014).

Nesse cenário, retorna-se à questão: qual a competência da administração fiscal e, ainda, dos Conselheiros do CARF, para desconsiderar os efeitos jurídicos de atos praticados pelo contribuinte e que tenham como consequência a redução ou o diferimento do ônus fiscal?

A administração fiscal apenas pode considerar inoponíveis atos **simulados**. Como não há lei que outorgue à administração fiscal a compentencia para a desconsideraração dos efeitos jurídicos que defluiriam de atos que **não** possam ser qualificados como simulados, não é suficiente que a fiscalização subjetivamente repute um determinado planejamento tributário como "abusivo".

3. Aplicação das normas jurídicas ao caso concreto.

O presente caso envolve aquisição de empresa brasileira (Banco GMAC, antigo Banco GM), com efetivo desembolso financeiro, em que tanto a alienante (GM) como a adquirente (GMAC) eram empresas estrangeiras (residentes nos EUA), ambas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Compreendo assistir razão ao contribuinte: há, no caso, aquisição de investimento em pessoa jurídica, com sacrifícios suportados com sobrepreço (ágio) incorrido, fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida, devidamente demonstrado por laudo de avaliação.

Note-se que não há provas nos autos de que o valor atinente ao sobrepreço incorrido fosse artificial. Pelo contrário, não há oposição quanto ao **pagamento** efetuado pela GMAC à GM (ambos residentes nos EUA), justificado pelo valor do patrimônio líquido e de sobrepreço apurado em face da Banco Gmac (residente no Brasil).

Também compreendo que foi cumprida a exigência de **demonstração quanto ao sobrepreço incorrido para a aquisição da BGM**.

Quanto a este ponto, alega a PFN que o laudo não deveria ter se referido à BGM, mas sim a outras empresas do grupo. Contudo, compreendo que o laudo de fato deveria se referia à BMG, empresa adquirida por meio da sucessão de reorganizações societárias realizadas. Vale observar, ainda, que as referidas reorganizações societárias realizadas até que a BRACO incorporasse a BGM, além de encontrar justificativas negociais e regulatórias, devem ser consideradas neutras, não prejudicando e nem atribuindo mais direitos ao direito do contribuinte à amortização do ágio.

Foi cumprida a exigência do efetivo desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura. Igualmente

foi cumprida a exigência do art. 8º, "b", da Lei 9.532/97, com a absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio.

Também foi cumprida a exigência de que a amortização do ágio apurado pela investidora se processasse contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição: a absorção da "**BRACO**" pela recorrente possibilitou o emparelhamento de receitas e despesas tecnicamente requerido pelo legislador.

É fundamental repisar que, apenas a partir da edição da Lei n. 12.973/2014, o legislador passou a vedar a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes. **Contudo, tal vedação não existia anteriormente, período em que o legislador apenas combatia operações artificiais, simuladas, o que não se demonstrou estar presente no caso dos autos.**

Destaca-se o seguinte trecho do acórdão recorrido, *in verbis*:

> "Aliás, para que se configure a simulação, imprescindível seja demonstrado um descompasso entre a *intentio facti* e o *intentio júris*, sem os quais, não se pode falar em simulação, já que esta pressupõe operação que não existe, falseia-se a realidade do que efetivamente ocorreu, ou seja, ocorre a desconformidade consciente e querida da declaração com a vontade, mas é preordenada com a parte à qual a declaração se dirige e acordado com ela, a fim de enganar terceiros.
> *In casu,* os fatos ocorridos não foram fingidos nem simulados e tampouco dissimularam outro fato. Todas as circunstâncias fáticas levantadas no auto de infração realmente aconteceram na realidade negocial e não tiveram o objetivo de encobrir outros fatos, não sendo legítimo deixar de reconhecer que é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de estratagemas, formadas como negócios simulados, com fraude à lei ou com dolo que causem prejuízo ao Erário Público. Bem assim, não pode se negar que os contribuintes utilizam formas simuladas para esconder dolosamente fatos geradores.
> Contudo, não se pode admitir que considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, possam descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes
> (...)
> Ademais, o artigo 7º da Lei nº 9.532/97, estabelece apenas o termo "*a quo*" para o exercício do direito de deduzir o ágio (opção fiscal), ao condicionar a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão, consoante explicitado no dispositivo, sendo imperioso extrair-se daí que a decisão sobre o evento de incorporação, fusão ou cisão compete exclusivamente aos acionistas das empresas, a ninguém mais, razão pela qual não vejo como atribuir mácula de abusividade nas operações praticadas pela contribuinte com o intuito de aproveitar a despesa com ágio se a materialidade do laudo com a perspectiva de rentabilidade futura não foi questionada, tampouco sua higidez discutida.

Nesse seguir, por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da PFN.

(assinatura digital)
Luís Flávio Neto

Voto Vencedor

Conselheira Adriana Gomes Rego, Redatora Designada

Rendo minhas homenagens ao voto proferido pelo ilustre conselheiro relator, mas a maior parte deste Colegiado Superior deduziu entendimento em sentido oposto.

Entende o I. Relator que a utilização de empresas-veículo e a criação de ágio interna grupo não é suficiente para determinar os efeitos fiscais de determinada operação, mormente porque não haveria, na legislação em vigor, vedações nesse sentido.

Com efeito, não se negou, no referido voto, que o sujeito passivo se valeu do benefício fiscal de amortização de ágio gerado **dentro do mesmo grupo econômico**, mediante a utilização de empresa-veículo em operações de reestruturação societária em seqüência. Apenas se considerou que não há previsão legal que disponha que a existência desses fatores, em eventos de reorganização societária, é vedada para o fim de se atribuir validade ao ágio gerado nessas operações ou que determine a glosa de despesas com a amortização de ágios gerados nessas circunstâncias.

Nesse contexto, entende que tais situações, se não são proibidas pela lei, então não são ilegais. Não sendo ilegais, então deve-se delas abstrair para que sejam analisados os reais efeitos produzidos por tais operações, inclusive os tributários.

Contudo, no caso em concreto, não resta sombra de dúvida de que as operações, da forma como foram arquitetadas, visaram driblar a legislação de regência de forma a colocar o sujeito passivo, de forma artificial, em posição de atendimento aos requisitos legais de amortização de ágio em operações societárias.

O que se vê na reorganização societária é uma seqüência de atos perpetrados em curtíssimo espaço de tempo, pelos quais criou-se no âmbito do Grupo General Motors um ágio, que foi transferido para uma empresa de passagem e que, posteriormente, por incorporação reversa, desapareceu da estrutura societária mas que possibilitou, com isso, o início da amortização da despesa criada com esse ágio.

Não é por demais relembrar essa seqüência de operações:

- em 15/09/2004 foi constituída a empresa Mynchuan Participações, com capital social de R$ 100,00, tendo por sócias a Schaft Participações (99%) e a Gesellschaft Participações (1%);

- em 01/11/2004 foi elaborado laudo de avaliação econômica do valor de mercado do **Banco General Motors - Banco GMAC** - com base na sua rentabilidade futura que incluía a perspectiva de lucro do Consórcio GM, que resultou no valor de R$ 957.414.000,00;

- em 19/11/2004 foi promovida alteração do contrato social da Mynchuan Participações, pela cessão das quotas da Schaft Participações (99) para a General Motors Acceptance Corp. (USA) e de uma quota da Gesellschaft Participações Gesellschaft

Participações para uma pessoa física, com a alteração da denominação social para **BRACO Participações.**

- em 23/11/2004 foi promovido aumento de capital social da BRACO Participações, que passou de R$ 100,00 para R$ 957.141.100,00, pela criação de 957.414.000 novas quotas, integralizadas pela sócia General Motors Acceptance Corp. (USA) General Motors Acceptance Corp. (USA) com quotas da General Motors do Brasil, que, por sua vez, possuía a totalidade das quotas do **Banco General Motors - Banco GMAC;**

- em 24/11/2004 a General Motors do Brasil promove redução de seu capital social em R$ 396.561.097,00, valor esse representado por sua participação no **Banco General Motors - Banco GMAC**, entregando esse valor e essa participação no **Banco General Motors - Banco GMAC** à **BRACO Participações**, a título de restituição de haveres, ocasião em que a **BRACO Participações** se retira da participação na General Motors do Brasil.

- em 03/12/2004 o **Banco General Motors - Banco GMAC** delibera pela incorporação da **BRACO Participações**. Com isso o **Banco General Motors - Banco GMAC:**

(i) tem seu capital social aumentado em apenas R$ 100,00, ou seja, passou de R$ 268.862.720,13 para R$ 268.862.820,13, cuja diferença de R$ 100,00 era oriunda do capital social da BRACO na sua constituição, em 15/09/2004 - em que pese no dia 23/11/2004, o capital social da BRACO ter o valor de R$ 957.414.100,00

(ii) tem um **ágio** passível de amortização **no valor de R$ 560.852.903,00**, que corresponde à diferença entre o capital efetivo do **Banco General Motors - Banco GMAC** em 23/11/2004 e o valor subscrito pela General Motors Acceptance Corp. (USA) na **BRACO** de **R$ 957.414.000,00.**

Com isso, o **Banco General Motors - Banco GMAC** recebeu suas próprias ações - ações do próprio capital que, ao final não sofreu qualquer alteração significativa, posto que o incremento foi de apenas R$ 100,00, mas passou a ter uma despesa de ágio que se fundamentava, afinal, na sua própria rentabilidade futura, no valor de **R$ 560.852.903,00 - ÁGIO DE SI MESMO** - situação essa que se efetivou **em menos de quinze (15) dias**.

Tem-se, assim, claramente, um ágio surgido em operações societárias concebidas dentro do mesmo grupo econômico, sem que tenha havido qualquer pagamento ou dispêndio de qualquer natureza, apenas movimentações de participações societárias. Ninguém paga, ninguém recebe. O único ganho que sobrevém é a redução do montante de tributos a serem pagos pelo **Banco General Motors - Banco GMAC,** redução essa decorrente da sobrevalorização (artificial) do custo do seu investimento por força ágio criado.

Trata-se, para usar a classificação construída pela doutrina, de "ágio interno", surgido em operações intragrupo, sem que tenha havido, vale repisar, qualquer dispêndio.

Com efeito, a acusação fiscal é quanto à impossibilidade de dedução de despesas de amortização de ágio porque esse ágio surgiu em uma operação interna ao grupo econômico para o qual não houve dispêndio de recursos, ou seja, a discussão centra-se na possibilidade ou não de se deduzir um ágio não pago, gerado em uma operação na qual quem adquiriu a participação societária não arcou com nenhum custo de aquisição, sendo os motivos das reorganizações, de fato, irrelevantes.

Nessa seara, quando se questiona como surge o ágio, dizendo que ele é artificial, que ele é uma ficção, que ele foi criado sem substrato econômico, gerado dentro de um grupo de sociedades sob controle comum, sem qualquer desembolso real, em outras palavras, está-se dizendo que ele não se presta sequer como ágio, tal como concebido pela legislação fiscal e contábil.

Analisando, o mérito da discussão em si, verifica-se que assiste razão à Fazenda Nacional, porque a Lei nº 9.532, de 1997, em seus artigos 7º e 8º, **jamais pode ser interpretada como permissiva de dedutibilidade de uma despesa que foi "inventada**"!

E aqui chamo a atenção que o que classifico de "invenção" é incontroverso pois, em que pese a defesa afirmar que o ágio é legítimo, em nenhum momento demonstrou que houve pagamento ou qualquer transferência de recursos relativos ao ágio que aproveitou. A discussão que se trava aqui é se a lei exige ou não pagamento, custo, onerosidade, e partes independentes.

Mas, a partir do momento em que a Fiscalização analisa todos os seus lançamentos contábeis relativos às operações em comento, constata que não houve movimentação de recursos nas transações, promove a acusação fiscal consignando expressamente que não houve qualquer pagamento, qualquer dispêndio, não há, no meu sentir, qualquer outra prova a fazer da irregularidade da despesa com esse ágio.

A gravidade da situação está em, justamente, conceber-se ser possível deduzir uma despesa de amortização de um ágio que foi artificialmente criado. Considero desarrazoado alguém conceber que a legislação permite uma erosão de base tributável de forma tão flagrante!

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 nº 9.532, de 1997 trata expressamente de participações **adquiridas com ágio ou deságio e ágio** o que pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor de contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor)**,** reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 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 nº 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 nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*
>
> .....
>
> *III - **poderá amortizar o valor do ágio** cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)*
> .(Negritei)

Decreto-lei nº 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)

Portanto, não faz o menor sentido tratar como "custo" o que não representou qualquer dispêndio! Até ouso dizer que sequer consigo vislumbrar custo diferente de dispêndio e dispêndio diferente de se arcar com um ônus.

O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela FIPECAFI aborda a questão do ágio interno, não admitindo sequer a parcela do ágio relativa ao ativo fiscal diferido, sob a justificativa de que, "no caso desses créditos tributários derivados de operações societárias entre empresas sob controle comum, não há na essência e também na figura das demonstrações consolidadas qualquer desembolso que lhes dê suporte". Observe-se:

> *11.7.1 — Introdução e Conceito*
>
> *Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e,* ***nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio****. Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.*
>
> *Todavia, no caso de uma companhia* ***adquirir*** *ações de unia empresa já existente, pode surgir esse problema.*
>
> ***0 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 database 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.*

.....

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(.)

c) ÁGIO FOR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

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

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

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

*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

a) CONTABILIZAÇÃO

*I - Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura O ágio **pago** por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio.0 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 liquido 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***

(.)

b) 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 subscreva 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."

No novo Manual de Contabilidade Societária da Fipecafi, editado em 2010, sob as novas normas contábeis brasileiras de convergência com as normas internacionais de contabilidade, os autores reiteram sua discordância quanto ao reconhecimento de ágio gerado internamente. Destacam que a CVM já vedava a prática através do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, e que, atualmente, o pronunciamento técnico CPC 15 não permite o reconhecimento desse tipo de ágio.

Por oportuno, cumpre também trazer à colação os esclarecimentos que a própria Comissão de Valores Mobiliários consignou por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 1, de 2007:

> "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 vem 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 'arms length'."

No mesmo sentido podem ser colacionadas as conclusões do Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, no voto proferido no Acórdão nº 1301-00.058, acolhidas pela unanimidade do colegiado, em julgamento de caso em tudo semelhante a este:

> O que se observa é que os administradores da Recorrente e de outras empresas a ela ligadas, em um prazo de cinco dias, tomando por base uma avaliação discutível do seu patrimônio, aproveitaram-se de uma reorganização societária para fazer surgir uma despesa vultosa, classificada como AGIO, e, a partir dai, reduzir o lucro tributável.
>
> O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação encomendada por ela própria, fez refletir no seu ativo os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma reorganização societária, sem despender um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

> Como salientado pela autoridade fiscal, o ágio objeto de amortização por parte da Recorrente, na forma como foi criado, representa a sua própria expectativa de lucro, nascida em decorrência da avaliação solicitada à empresa ERNST & YOUNG.
>
> O que salta aos olhos é que, como bem ressaltou a autoridade fiscal, a intenção da Recorrente foi, paralelamente aos interesses estritamente societários, forjar a existência de um ágio para, a partir da conseqüente redução da incidência tributária, propiciar ganhos para os seus acionistas
>
> Note-se que a autoridade fiscal, ainda que tenha tratado o ágio apropriado como fruto de artificialismo, não questionou os motivos alegados pela Recorrente para promover as operações aqui tratadas, ou seja, diferentemente do argüido por ela, não se imiscuiu em seus negócios, declarando-os ilegais ou ilegítimos. Apenas e tão-somente demonstrou que os efeitos fiscais buscados pela empresa, a luz da legislação do imposto de renda, não poderiam ser admitidos.
>
> A meu ver, outra não poderia ser a conclusão, pois, no caso vertente, em que a despesa apropriada decorreu de mais valia do patrimônio daquela que almeja beneficiar-se de sua dedutibilidade, não há que se falar em ágio decorrente de aquisição de participação societária.

Ou seja, a todo tempo, doutrina e órgãos reguladores convergem para atestar a necessidade de um dispêndio (o que normalmente inexiste quando a aquisição opera-se entre pessoas de mesmo grupo).

Em essência, o que não se pode aceitar e validar nos autos ora em análise é que um Grupo Econômico, por meio de um laudo de reavaliação de ativos com base em rentabilidade futura, aumente o valor de seus ativos, crie o ágio, transfira esse ágio, e depois deduza a amortização desse ágio da base de cálculo do RPJ e da CSLL sem ter, sequer, efetuado qualquer dispêndio sobre esse ágio. É inimaginável aceitar isso como uma *mens legis*!

E se não é essa a "mens legis", como dizer que o contribuinte agiu conforme a lei? Por essas razões, entendo que o lançamento de ofício deve ser mantido

Conclusão

Em face a todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, para restabelecer os lançamentos.

Contudo, tendo em vista que as demais razões de defesa deduzidas no Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo não foram apreciadas pelo colegiado *a quo*, por ter exonerado totalmente as exigências, deverão os autos retornar àquele colegiado para se pronunciar sobre essas razões de defesa e que se referem a: (i) compensação das bases negativas da CSLL; (ii) inadequação da multa e juros aplicados, itens "VII" e "VIII" do Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo