



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



**Processo nº** 16327.721098/2017-46  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-005.648 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de agosto de 2021  
**Recorrente** BANCO GMAC S.A.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012

ÁGIO INTERNO. CONTABILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O ágio somente é admitido pela teoria contábil quando decorrente de transações envolvendo partes independentes, conforme interpretação do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 contida, em caráter vinculante para o sujeito passivo, no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, na Resolução CFC nº 1.110/2007, e no Pronunciamento Técnico CPC nº 04 (R1)/2010, todos publicados antes da ocorrência do fato gerador objeto do presente processo.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012

MULTA DE OFÍCIO DESPROPORCIONAL.

Nos termos da súmula CARF nº 02, este conselho não é competente para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal válido e vigente no sistema. Estando a penalidade aplicada de ofício pela fiscalização de acordo com a legislação, esta deve ser mantida.

JUROS SOBRE MULTA. SELIC

Nos termos da súmula CARF nº 108, “incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa de despesas com amortização de ágio, vencidos os conselheiros Flávio Machado Vilhena Dias (relator), Gustavo Guimarães da Fonseca e Fabiana Okchstein Kelbert, que lhe davam provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, em relação às demais matérias. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Cuba Netto, em relação à matéria na qual o relator ficou vencido.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias – Relator

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lucia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo.

## Relatório

Trata-se o presente processo administrativo de Auto de Infração lavrado em face do contribuinte Banco GMAC S.A., ora Recorrente, através do qual foram constituídos créditos tributários de IRPJ e CSLL, referentes ao ano-calendário de 2012.

Como se observa do Termo de Verificação Fiscal que acompanha o Auto de Infração, aos olhos do agente auturante, o Recorrente teria promovido a *“dedução indevida de amortização de ágio na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, do período de janeiro a novembro 2012, cujo valor total de R\$ 64.264.395,14 representa a amortização do restante de todo o ágio interno criado dentro do mesmo grupo econômico, no ano-calendário de 2004”*.

Ainda de acordo com o TVF, a amortização supostamente indevida seria relativa apenas ao ano-calendário de 2012, uma vez que a *“amortização do período de 2005 a 2009 já foi objeto de lançamento de ofício que originou o processo fiscal de nº 16327.001482/2010-52”*, sendo aquele lançamento foi mantido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, como se observa do acórdão de nº 9101-002.805.

A acusação fiscal, neste sentido, é de que o Recorrente promoveu a amortização de ágio ao arrepio da legislação em vigor à época dos fatos geradores. As operações e eventos praticados pelo Recorrente foram assim descritos, no TVF, pelo agente autuante:

- Em 01.11.2004, a empresa de consultoria Ernst & Young Consultores Associados Ltda havia encaminhado à General Motors Acceptance Corporation (GMAC), 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. 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 anos e 6 meses, é de R\$957.414.000,00, valor que inclui a perspectiva de lucro do Consórcio Nacional GM Ltda no período de julho de 2004 a dezembro de 2008.
- Antes disso, em 15.09.2004 foi constituída uma empresa denominada Mynchuan Participações Ltda, CNPJ 07.021.761/0001-79, com capital de R\$ 100,00 (cem reais) dividido em 100 quotas de R\$1,00, 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 03.347.239/0001-20 com sede no mesmo endereço, detentora de 99 quotas, e outra empresa denominada Gesellschaft Participações Ltda - CNPJ 04.654.506/0001-75, com sede no mesmo endereço, detentora de 1 (uma) quota. (conforme fls. 59 a 70 do PAF nº 16327.001482/2010-52)

- Em alteração de contrato social datada de 19.11.2004, a Schaft Participações Ltda cedeu suas 99 cotas 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. Rudolphus Robertus Grin, holandês, casado, portador da Cédula de Identidade para Estrangeiros RNE n.º V330772-U, CPF n.º 227.856.588-50, domiciliado na Av. indianópolis, n.º 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. (conforme fls. 71 a 86 do PAF n.º 16327.001482/2010-52)
- Em 23.11.2004, os sócios da Braco Participações decidiram aumentar o capital social da sociedade de R\$ 100,00 para R\$ 957.414.100,00 mediante a criação de 957.414.000 novas cotas de R\$1,00 cada, todas subscritas pela General Motors Acceptance Corporation, e integralizadas mediante a conferência de 396.561.097 quotas representativas de parte do capital social da General Motors do Brasil Ltda - CNPJ 59.275.792/0001-50 de titularidade da General Motors Acceptance Corporation. No dia 24.11.2004, a General Motors do Brasil Ltda - CNPJ 59.275.792/0001-50 promove uma redução de seu capital social no valor de R\$ 396.561.097,00 para restituir os haveres da sócia Braco Participações, que se retira da sociedade. (conforme fls. 87 a 108 do PAF n.º 16327.001482/2010-52)
- No dia 24.11.2004, a General Motors do Brasil Ltda - CNPJ 59.275.792/0001-50 promoveu uma redução no valor de R\$ 396.561.097,00 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 e se retira da participação no capital da General Motors do Brasil Ltda.. (conforme Fls. 109 a 120 do PAF n.º 16327.001482/2010-52)
- Em 03.12.2004 o Banco Gmac realizou sua 47ª Assembleia Geral Extraordinária, para deliberar sobre a incorporação da Braco Participações Ltda e a subsequente extinção desta (incorporação reversa, pois as cotas do capital do Banco Gmac pertenciam à Braco). Incorporada a Braco, cujo capital em 23.11.2004 era de R\$ 957.414.100,00, o capital do Banco General Motors do Brasil, que era de R\$ 268.862.720,13 passou para R\$ 268.862.820,13, representando um aumento de capital de apenas R\$100,00, que era o valor do capital da Braco antes de 23.11.2004. (conforme fls.121 a 127 do PAF n.º 16327.001482/2010-52)

Neste sentido, em que pese ter afirmado que a reorganização dos negócios da Recorrente ter se dado pela necessidade de *“segregação da atividade industrial da atividade financeira, tendo como pano de fundo os acontecimentos que vieram a público nos anos anteriores, com a crise vivida pela General Motors que se viu bem perto da bancarrota, sendo salva, como é fato notório, por ato do Governo dos Estados Unidos”*, a fiscalização afirmou que o ágio foi criado no contexto de *“empresas componentes de um mesmo grupo econômico”*, o que chama de um *“artifício”*, cujo nome seria *“ágio interno”*.

Afirma, ainda, a fiscalização, que o *“exame dos atos praticados demonstra não ter havido qualquer saída de caixa (pagamento) nessa operação da qual se originou o ágio ora deduzido pelo Banco General Motors S.A”*.

A acusação fiscal aduz, por outro lado, que a *“a Braco Participações Ltda, embora legalmente constituída, nunca foi uma empresa de fato”*. Desta feita, a fiscalização afirma que esta empresa *“serviu apenas de meio pelo qual o ágio criado na reorganização societária veio a ser, posteriormente, deduzido dos resultados operacionais do Banco General Motors S.A”*.

Com esse entendimento, o agente autuante também afirma que *“parece inafastável que essa sociedade (Braco Participações) em verdade foi constituída com o propósito único de deixar de existir e gerar um benefício fiscal para seus idealizadores -*

*gerando artificialmente um ágio meramente contábil de R\$ 560.852.903,00 que sua incorporadora utilizará para deduzir de seus tributos a pagar mensais ao longo dos oito anos seguintes”.*

Arrimada nestas afirmações e após trazer alguns detalhes do Laudo de Avaliação Econômica-Financeira elaborado pela empresa de auditoria Ernest & Young, a fiscalização discorre sobre os aspectos “econômicos e contábeis” que tornariam a amortização do ágio realizada pelo Recorrente indevida.

Sob este aspecto, o entendimento da fiscalização, consignado no TVF, foi de que o *“ágio não pago e que se origina entre entidades pertencentes ao mesmo grupo econômico não é aceitável, pois esse “ágio interno” não decorre de uma operação com propósito comercial num mercado livre e aberto em que o comprador e o vendedor têm que chegar a um denominador comum sobre o preço a ser pago pelo bem que está sendo vendido, levando em consideração o lucro que esse bem proporcionará ao seu comprador. A precificação no ágio interno não se fundamenta nessas premissas”.*

Assim, afirma, o agente autuante, que a *“teoria contábil dá respaldo apenas ao ágio pago numa negociação entre comprador e vendedor não relacionados entre si, (...). O ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito comercial - daí, inclusive, a ausência de um desembolso que servisse para cancelar uma transação livre da qual emergisse o valor justo de um ativo negociado por partes independentes. No presente caso, não houve negociação, nem compra, nem venda, nem mercado livre e aberto”.*

Para fundamentar essa afirmação, a fiscalização cita e discorre sobre o conteúdo do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, ratificando, neste ponto, o entendimento de que *“o ágio gerado não teria decorrido de um processo de compra e venda de ativos líquidos entre partes independentes e não relacionadas.”*

Por outro lado, sob o “aspecto jurídico”, a fiscalização, após citar os dispositivos legais que fundamentam a amortização do ágio, afirma que *“a lei permite a contabilização do ágio (ou deságio) na livre negociação entre as partes e sua amortização desde que o investidor justifique e fundamente o pagamento do ágio sobre a parte ou o total do capital da empresa investida”.* E que, de acordo com o parágrafo único do artigo 116 do CTN, a fiscalização pode desconsiderar atos praticados pelos contribuintes, em especial quando estes abusarem de seu direito, *“seja pela inexistência do propósito comercial ou ainda por outra forma”.*

Com base nestes entendimentos e interpretações da legislação, a fiscalização concluiu, no TVF, que:

*“A operação de reorganização societária que resultou da simples transferência de ativos pertencentes ao grupo General Motors de dentro da empresa industrial para outra empresa especialmente criada para isso, totalmente inoperante no momento anterior à transação, com manutenção integral do controle por parte do grupo General Motors, fazendo surgir ágio na “aquisição de participação societária” caracteriza o denominado ágio interno, que não é aceito pela ciência contábil, nem pode ser aceito como dedutível na apuração dos tributos de competência da Fazenda Pública da União.*

*A operação engendrada não evidencia propósito comercial, que pode ser caracterizado como o conjunto de razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que justifique a adoção dos atos e negócios jurídicos, além da finalidade de pagar menos tributos, caracterizando abuso de direito.*

*A operação toda foi realizada em curto espaço de tempo (5 dias), evidenciando a presença de sociedade efêmera que serviu de mero veículo para a obtenção de um objetivo planejado de gerar ágio interno, em que não há o pagamento desse ágio e com*

isso obter vantagem fiscal. Nesse curto período de cinco dias a sociedade efêmera, formada com capital de R\$ 100,00 faz aumento de capital em quase R\$ 1bilhão, tornando-se importante sócia da General Motors do Brasil, resolvendo no dia seguinte sair da sociedade levando ativo relevante e no dia seguinte é extinta por incorporação por sua controlada.

Seu propósito não era funcionar exercendo todos os atributos de empresa, mas sim unicamente servir de veículo para a construção de um ágio artificial com o fim deliberado de obter uma vantagem fiscal que a lei só dá para as situações reais de aquisição de participação societária com ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Não se questiona aqui a validade formal dos atos praticados. O que se demonstra inaceitável do ponto de vista tributário é a dedução de parcelas relativas à amortização de um ágio construído internamente, sem propósito comercial, a partir de operações meramente formais em que uma das partes é totalmente desprovida de existência real e efetiva.

Por essas razões é que se faz a glosa da dedução das despesas com amortização de ágio que no caso presente totalizou o valor de R\$ 64.264.395,14, no ano-calendário de 2012, recompondo-se o lucro real e a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

Fica o contribuinte cientificado de alterar os controles do prejuízo fiscal em razão da compensação efetuada de ofício conforme o auto de infração do IRPJ”.

Devidamente intimado da lavratura do Auto de Infração, o Recorrente apresentou Impugnação Administrativa, acompanhada de documentos comprobatórios. Naquele apelo, como se depreende do acórdão proferido pela DRJ do Rio de Janeiro, o contribuinte apresentou os seguintes argumentos para desconstruir a acusação fiscal:

que é equivocada a premissa adotada pela fiscalização, segundo a qual a interessada teria efetuado operações societárias dentro do seu grupo econômico com o único propósito de gerar despesas de amortização de ágio. Isso porque as operações em questão foram estruturadas em um contexto específico de segregação de duas linhas de atividades distintas e que obrigatoriamente, por questões de natureza regulatória e de mercado de capitais, deveria seguir padrões comutativos, pelos quais a GM e a GMAC devem ser consideradas partes completamente autônomas e independentes;

que houve um custo de aquisição legitimamente incorrido pela GMAC, que, ao contrário do que alega o Fisco, foi pago em dinheiro com efetiva movimentação de caixa;

que, para cumprir as determinações do acordo de bases comutativas, esse custo refletia o valor de mercado da interessada e foi devidamente suportado por laudo de avaliação produzido por empresa independente e especializada;

que a Braco era uma sociedade holding que tinha por objetivo econômico preservar o valor do investimento estrangeiro detido pelo grupo GM no País e cumprir com os requisitos da Resolução Bacen nº 3.040/02 até que o Banco Central do Brasil se manifestasse a respeito de sua possível extinção;

que foram cumpridos todos os requisitos enumerados nos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, e nos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), já definidos em diversos julgados administrativos como únicas condições autorizativas à dedução das despesas de amortização de ágio;

que o ágio resultante da reorganização societária em questão não se confunde com o chamado “ágio interno”, pois não houve nenhum tipo de reavaliação espontânea de investimentos, sendo a aquisição legítima e originada de operações devidamente providas de razões empresariais verdadeiras. Mas ainda que assim não fosse, a legislação fiscal em vigor na época dos fatos não vedava o reconhecimento e aproveitamento de ágio decorrente de operações conduzidas entre partes relacionadas, e,

ao contrário do que ocorre desde 01 de janeiro de 2015, até mesmo incentivava que partes relacionadas negociassem em bases de mercado;

que o fato de a Braco ter sido constituída como uma sociedade holding não a torna uma empresa artificial, uma mera sociedade de passagem, não havendo nenhum tipo de abuso, dolo, simulação ou fraude;

que a falta de regulamentação por lei ordinária torna inaplicável o parágrafo único do artigo 116 do CTN, expressamente adotado pelo Fisco para desconsiderar os fatos deste caso;

que o artigo 245 da Lei das S.A. determinava que partes relacionadas deveriam transacionar em bases estritamente comutativas, ou seja, como se terceiros independentes fossem. Era exatamente esse dever, aliás, que estava refletido também no Acordo de Bases Comutativas;

que é incorreta a desconsideração de valores de ágio com base na alegação de que transações realizadas entre partes relacionadas não autorizariam essa amortização e dedução para fins fiscais, o que a União reconheceu com a edição da MP 627/13 (convertida na Lei 12.973/14) para limitar essa questão, e que produziu efeitos somente a partir de 01 de janeiro de 2015, ou seja, muitos anos depois do reconhecimento do ágio discutido neste caso;

que havendo quaisquer outros motivos para a constituição da sociedade que não única e exclusivamente a criação de benefícios fiscais, não há que se caracterizar a pessoa jurídica como uma empresa veículo. No caso em tela, como destacado nos fatos acima, a Braco tinha a função de preservar o valor originalmente investido no país pelo grupo GM em moeda estrangeira. O grupo GM originalmente mantinha no país um certificado de registro de investimento estrangeiro que abarcava tanto a divisão “automotiva” quanto a própria divisão “financeira”. E no contexto de segregação dessas duas linhas de negócios, o grupo GM poderia sofrer perdas significativas em relação ao valor registrado para esse investimento se houvesse a necessidade de cancelamento e formalização de um novo RDE-IED no país, em razão do disposto nos artigos 5º, § 10, II, e 12 do Anexo à Circular Bacen nº 2.997/00. Como se não bastasse, havia ainda uma razão de ordem legal para a utilização da Braco como sociedade holding na estrutura em exame. Desde 2002, a Resolução Bacen nº 3.040/02 passou a exigir que instituições financeiras brasileiras fossem detidas apenas por (i) pessoas físicas, (ii) instituições financeiras regulamentadas como tais, ou (iii) sociedades holdings cujo propósito exclusivo fosse a participação na instituição financeira;

que, mesmo que se admitisse que a Braco pudesse ser considerada como uma empresa veículo, tal fato não descaracterizaria a natureza jurídica do ágio registrado pelo grupo GM e os efeitos fiscais respectivos, já que a própria legislação expressamente admite a existência de uma sociedade cujo objeto social seja somente a detenção de participação em outras sociedades, como, por exemplo, fazem o artigo 2º, § 3º, da Lei das S.A. e o artigo 31 da Lei nº 11.727/08;

que a penalidade de ofício de 75% é claramente exagerada e caracteriza uma exigência desproporcional e abusiva, especialmente se considerado o disposto no artigo 142 do CTN, que deixa claro que, apenas se e quando for o caso, a autoridade administrativa deverá propor a aplicação da penalidade cabível. No caso destes autos, contudo, a interessada demonstrou que agiu em conformidade com a legislação societária e fiscal em vigor, de forma que não seria justo atribuir-lhe uma penalidade de 75% sobre o valor do suposto crédito tributário ora discutido, que ultrapassa os limites da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser prontamente reduzida;

que não há razão para ser aplicada a taxa de juros Selic sobre o principal ou a multa de ofício, na medida em que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários.

Contudo, ao analisar o apelo do contribuinte, aquela DRJ do Rio de Janeiro entendeu por bem julgá-lo como improcedente. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

Ementa: ATOS NORMATIVOS. ENTENDIMENTO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. VINCULAÇÃO DRJ.

As Delegacias de Julgamento estão vinculadas à lei (art. 142, parágrafo único, do CTN), às normas legais e regulamentares (art. 116, III, da Lei 8.112/90), às Súmulas do CARF aprovadas pelo Ministro de Estado da Fazenda e com efeito vinculante em relação à administração tributária federal (Portaria MF nº 383/10) e ao entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil expresso em atos normativos (art. 7º da Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011).

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO".

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio

constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu em lapso temporal próximo.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no país, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos regularmente insertos no ordenamento jurídico.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Oponibilidade ao fisco. Abuso do direito. Propósito negocial. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores. Além disso, é necessário que haja um propósito negocial, de modo que o exercício do direito seja regular.

CSLL. NORMAS DE APURAÇÃO. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista nos artigos 43 e 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96.

PROVA. JUNTADA POSTERIOR. PRECLUSÃO. Em regra, a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com o entendimento exarado pela Turma de Julgamento *a quo*, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário, no qual, em síntese, repisa os argumentos anteriormente apresentados em sua Impugnação Administrativa, rebatendo as conclusões e fundamentos do acórdão recorrido.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a este relator para julgamento.

## **Voto Vencido**

Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, Relator.

### **DA TEMPESTIVIDADE.**

Como se denota dos autos, o contribuinte foi intimado do resultado do julgamento no dia 20/04/2018 (AR de fls. 1.797), apresentando seu Recurso Voluntário em 09/05/2018, conforme comprovante de fls. 1.799, ou seja, o Recurso ora em análise foi apresentado no prazo de 30 dias, como fixado no artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

Assim, por cumprir os demais requisitos de admissibilidade, o Recurso Voluntário deve ser conhecido e analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

### **DA FIXAÇÃO DE ALGUMAS PREMISSAS**

De pronto, cumpre ressaltar que a mesma discussão travada neste processo administrativo já foi e ainda está sendo apreciada no âmbito do CARF em outro procedimento, na medida em que, nos autos do processo n.º 16327.001482/2010-52, houve a constituição de créditos tributários em face do Recorrente, relativos aos anos-calendários de 2005 a 2009, com base nos mesmos fundamentos que serão aqui analisados.

Naquele processo, em que pese, em um primeiro momento, ter sido dado provimento, por maioria, ao Recurso Voluntário do Recorrente (acórdão 1301-001.224), a Câmara Superior de Recursos Fiscais, também por maioria, entendeu como correto, no mérito, o lançamento de ofício realizado pela fiscalização. É o que se observa do acórdão de n.º 9101-002.805.

Como ainda existiam questões a serem decididas e que não haviam sido apreciadas pela Turma Ordinária, os autos do processo n.º 16327.001482/2010-52 acabaram por ser distribuídos perante este colegiado, sob a relatoria da ex-Conselheira Maria Lúcia Micelli, para apreciação apenas dos argumentos subsidiários apresentados pelo contribuinte em seu apelo.

Assim, em julgamento que contou com a participação deste relator, esta Turma Ordinária, em composição diversa da atual, deu provimento em parte ao Recurso Voluntário (acórdão n.º 1302-003.098). Mas, é bom deixar claro, não se analisou, naquela oportunidade, o mérito da discussão, uma vez que, reitera-se, este já tinha sido apreciado de forma definitiva pela Câmara Superior.

No julgamento realizado por essa turma de julgamento foi constatada, inclusive, a propositura de ação anulatória, pelo contribuinte, perante o Poder Judiciário (autos de n.º 500662631.2018.4.03.6100).

De toda forma, aquela discussão administrativa ainda não se encerrou, na medida que a PGFN e o contribuinte apresentaram Recursos Especiais em face do que restou decidido no acórdão n.º 1302-003.098. Em consulta ao site do CARF, verificou-se que aqueles apelos ainda não haviam sido analisados quando da confecção do presente voto, em 03/06/2020. Posteriormente, em 11/08/2021, em nova consulta, pode-se confirmar que ainda não houve julgamento definitivo daquele processo.

Neste passo, no Recurso Voluntário apresentado no presente processo, o Recorrente, como demonstrado, se insurge contra o lançamento de ofício, via Auto de Infração, de créditos tributários de IRPJ e de CSLL, relativos ao ano calendário de 2012.

Como se observa do apelo apresentado, não foram invocadas preliminares, sendo a insurgência apresentada apenas quanto ao mérito do lançamento fiscal.

Antes, contudo, de se analisar a acusação fiscal, os argumentos e documentos apresentados pelo Recorrente em seus apelos, ou seja, o mérito da discussão, entende-se como necessária a fixação de algumas premissas iniciais, que serão utilizadas como fundamentação da presente decisão. É o que se passa a fazer.

#### DO REGRAMENTO LEGAL PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.973/13. DO ÁGIO INTERNO.

As discussões que envolvem a amortização do ágio são inúmeras perante este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e, a princípio, já não existem matérias a serem debatidas e/ou decididas perante o órgão julgador administrativo.

Contudo, o que se percebe é que, passados vários anos em que as primeiras demandas chegaram ao Conselho, ainda não há um entendimento consolidado. Certo é que, desde o início das discussões, já foram exarados inúmeros entendimentos com relação à interpretação da legislação e aos limites da Fazenda Pública para contestar os planejamentos tributários realizados pelos contribuintes no que tange ao aproveitamento do ágio.

E é neste norte, sempre com a intenção de contribuir com o debate, é que se fixará as premissas para análise do presente processo administrativo, partindo-se do que dispõe a legislação que regula a amortização do ágio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os limites para se contestar os chamados planejamentos tributário e, por fim, a operação realizada pela Recorrente, que é o objeto do lançamento do crédito tributário realizado pela fiscalização.

Pois bem.

Nos termos do artigo 248, da Lei n.º 6.404/76, até o advento da Lei 12.973/14, as sociedades que possuíssem investimentos relevantes em controladas e/ou coligadas deviam refletir em sua contabilidade aquele investimento, fazendo a avaliação de acordo com o MEP – Método de Equivalência Patrimonial.

Neste sentido, há de se ressaltar que, no investimento realizado por determinada entidade, esta pode se propor a pagar um valor maior do que o patrimônio líquido da entidade investida, quando tem, por exemplo, expectativa de uma rentabilidade futura. Assim, a entidade propõe-se a pagar pelo investimento um valor maior do que aquele que corresponde ao seu patrimônio líquido.

Nestes termos, o legislador, como se observa do Decreto-Lei n.º 1.598/77, determinou que aquelas pessoas jurídicas que detivessem investimentos em coligadas e controladas, ao fazer a escrituração pelo MEP, deveriam desdobrar o custo destas em (i) valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da empresa investida; e, (ii) o ágio ou deságio eventualmente presente na aludida aquisição.

Confira-se a redação dos artigos 20 e 21 daquele Decreto-Lei, antes das alterações promovidas pela 12.973/14, uma vez que as estas disposições estavam vigentes à época dos fatos geradores tratados no presente processo:

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

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

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

#### 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.

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

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.

Contudo, em que pese a necessidade de se refletir, na contabilidade, aquelas aquisições – investimentos - com ágio ou deságio, com a amortização a débito ou a crédito no lucro líquido, de início, estas amortizações tinha efeito meramente contábil, não podendo gerar qualquer tipo de efeito fiscal, ou seja, havia uma neutralidade para fins tributários. Esta era, inclusive, a determinação expressa do artigo 25 do Decreto-lei n.º 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.

Este cenário de neutralidade tributária sofreu grande alteração com a edição da MP 1.602/97 (posteriormente convertida na Lei n.º 9.532/97) que, em síntese, passou a considerar a possibilidade de dedutibilidade da despesa com ágio à fração de no mínimo 1/60 ao mês.

Interessante, neste ponto, que, na exposição de motivos daquela MP, deixou-se claro que o intuito da alteração legislativa então proposta era dar maior transparência ao aproveitamento do ágio nas operações societárias. Veja-se o que constou no texto enviado ao Congresso Nacional:

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

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

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

Assim, com o advento da Lei n.º 9.532/97, aqueles contribuintes que fizessem investimentos, com o pagamento de ágio, ficaram autorizados a deduzir os valores para determinação do lucro real. Veja-se o que dispôs a lei em comento:

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

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 n.º 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 n.º 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 n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998)

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 n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à

apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

- a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;
- b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Como se observa, a própria legislação trouxe os requisitos que deveriam ser cumpridos pelos contribuintes, para que pudessem fazer jus à dedução. Em artigo denominado “‘Ágio Interno’ e ‘Empresa-veículo’ na Jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária”, Karen Jureidini Dias e Raphael Assef Lavez<sup>1</sup> sintetizam, de forma bastante didática, quais seriam os requisitos impostos pela legislação, necessários para que o ágio pago pudesse ser deduzido à fração 1/60 ao mês. Confira-se:

“Em suma, da análise do direito positivo vigente até 2014 (ou até 2017, de acordo com as regras intertemporais da Lei n. 12.973/14), pode ser amortizado, para fins fiscais e à proporção de 1/60 mensal, o ágio decorrente de operações que preencham os seguintes requisitos:

- (i) o ágio deve resultar da aquisição de participação societária;
- (ii) o ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, correspondendo à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial (ágio enquanto desdobramento do custo de aquisição), comprovando-se tal fundamento por meio de demonstrativo específico;

<sup>1</sup> In Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL: à luz da jurisprudência do CARF: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Coordenação Marcelo Magalhães Peixo, Maurício Pereira Faro. 1ª ed. - São Paulo: MP Editora, 2016. pág. 336.

(iii) deverá haver a absorção do patrimônio, por meio de incorporação, cisão ou fusão, da controlada pela controladora ou o inverso”.

Neste sentido, em brilhante voto, o ex-Conselheiro do CARF, Luiz Flávio Neto, em que pese ter ficado vencido, por maioria, no julgamento conduzido junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais, deixa clara a possibilidade de amortização do ágio, quando cumpridos os requisitos impostos pela legislação. Veja-se as suas colocações:

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). (Acórdão n.º 9101-002.805 – Processo n.º 16327.001482/201052 – Sessão de 10 de Maio de 2017).

E o que se observa da legislação que regula e possibilita a amortização do ágio é que, até o advento da Lei n.º 12.973/14, não havia qualquer vedação legal para que o ágio pudesse ser formado entre empresas vinculadas, desde que a operação se mostrasse real, ou seja, desde que a fiscalização não identificasse a prática de atos simulados ou dissimulados por parte dos contribuintes.

Assim, no chamado “ágio interno” entende-se que o que se deve perseguir, não é o fato de a operação ter sido realizada entre partes vinculadas, e sim se a operação importou na aquisição da participação societária e cumpriu os demais requisitos definidos na legislação para que o ágio possa ser efetivamente amortizado.

Não se pode deixar de mencionar que as operações entre partes relacionadas podem ser mais facilmente manipuladas, na medida em que não há – ou não deveria ter – interesses contrapostos. No caso de uma aquisição de participação societária, por exemplo, não há um comprador e um vendedor em situações opostas. Por isso, esse tipo de operação é sempre visto com *grano salis* pela fiscalização.

Contudo, no caso de amortização do ágio, mesmo que haja ressalvas da fiscalização quanto ao chamado “ágio interno”, o que se percebe é que, como mencionado, até o advento da Lei 12.973/14, o ordenamento jurídico brasileiro não vedava esse tipo de operação.

Só com a vigência da nova legislação, em especial com o que restou prescrito no artigo 22 da Lei n.º 12.973/14 é que ficou vedado expressamente o aproveitamento do ágio gerado em operação realizada por partes vinculadas.

O dispositivo legal – artigo 22 da Lei n.º 12.973/14 – foi claro ao dizer que o ágio só poderia ser amortizado na hipótese de “*aquisição de participação societária entre partes não dependentes*”. E a própria lei n.º 12.973/14 trouxe o conceito do que seria partes dependentes, como se observa da redação do artigo 25. Confira-se:

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.

Ademais, o artigo 119 da Lei 12.973/14 foi bastante claro, quando estatuiu que “*esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2015, (...)*”. Mesmo que não houvesse essa previsão expressa, não se pode deixar de mencionar que o artigo 150, inciso III, da Constituição Federal de 1988 impede que a aplicação retroativa da legislação, em especial quando esta preveja a instituição ou o aumento de determinado tributo.

Por outro lado, não se pode argumentar, como fez o agente autuante, que a CVM, por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, condenou as operações em que há ágio gerado internamente, ou seja, o ágio gerado sem a validação (pagamento) de terceiros independentes.

Em primeiro lugar, como demonstrado, não havia na legislação qualquer vedação à formação do ágio em operações realizadas entre partes vinculadas. Ainda, como muito bem apontado pelo ex-Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, no voto exarado no acórdão de n.º 1302-001.150, não se pode dar efeito tributários (ainda mais restritivos de direitos) a uma interpretação econômica feita pela Comissão de Valores Mobiliários. Veja-se o que constou daquele acórdão:

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações internas, se não vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, *in verbis*:

(...)

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal. (acórdão n.º 1302-001.150 – Processo n.º 16682.720880/2011-11 – Sessão de Julgamento em 07/08/2013) (destacou-se)

Portanto, até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia qualquer vedação legal para a existência do denominado “ágio interno”, oponível ao fisco, não se mostrando correto

afirmar como sendo ilegítima a operação de aquisição de investimento pelo simples fato de ter sido realizada por partes vinculadas.

Desta feita, o fato de se tratar de “ágio interno”, gerado a partir de operações societárias entre partes vinculadas, não pode ser o único fundamento para descaracterização da operação. Cabe à fiscalização demonstrar e, é claro, provar, que houve algum vício na realização dos atos.

Neste passo, antes ainda de se analisar a operação realizada pelo Recorrente, que culminou na amortização do ágio contestada pela fiscalização, entende-se como necessária a exposição do entendimento deste relator quanto aos limites do planejamento tributário e quando os atos poderão ser desconsiderados pela fiscalização. É que se passa a fazer.

#### DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DOS LIMITES PARA DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em última análise, a discussão travada entre o Recorrente e o fisco federal perpassa nos limites impostos pela legislação para a realização de negócios comerciais, financeiros, societários, que podem, de alguma forma, reduzir a carga tributária das entidades envolvidas.

Assim, como não poderia deixar de ser, a presente análise se inicia do texto da Constituição Federal de 1988, que tem diversos dispositivos que dão ao cidadão plena liberdade para realizar os seus negócios, desde que sua atuação não seja contrária ao que dispõem os textos legais, ou seja, desde que não haja nenhuma ilicitude nas ações praticadas. O artigo 1º, inciso IV da CF é claro no sentido de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Já o artigo 5º, inciso II da CF/88 é cristalino, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Por outro lado, o legislador constituinte de 1988 foi muito claro, como se depreende da redação do caput do artigo 170, ao afirmar que a ordem econômica será fundada, dentre outros princípios, na livre iniciativa. Veja-se a redação do mencionado dispositivo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Assim, não é por outro motivo que o Paulo Ayres Barreto leciona pela liberdade dos contribuintes em gerirem seus negócios, desde que atuem de forma lícita. Eis seus ensinamentos:

"(...)Saliente-se que a livre-iniciativa consubstancia princípio cujo sentido é amplo, alcançando a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

No âmbito Tributário, o contribuinte tem o direito subjetivo de gerir suas atividades e negócios, buscando a menor onerosidade tributária, desde que atue de forma lícita.

Como ensina Aires Barreto,

*pode o contribuinte atuar dentro de um amplo espectro de alternativas igualmente lícitas, sopesando-lhes as vantagens e desvantagens, avaliando os ganhos e perdas que decorrerão de cada qual e, afinal, adotando aquela que mais vantagens ou ganhos lhe possam proporcionar, inclusive no que respeita à carga tributária que deverá suportar.*

Nesse passo, somente lhe é defeso 'enveredar por trilhas que constituam ilicitude, que envolvam simulação ou fraude'. Logo, desde que se mova por 'comportamentos lícitos, não proibidos, sua atuação constituirá elisão fiscal, perfeitamente admitida, sem risco de ser confundida com a evasão fiscal - essa vedada pelo direito'.

Em síntese, os contribuintes têm o direito, constitucionalmente assegurado, de estruturarem seus negócios livremente. Trata-se de garantia que não pode ser suprimida, nem mesmo por intermédio de emenda constitucional, por força do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Magna Carta. " (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 103 e 104)

Ademais, em que pese não ser o objetivo, neste momento, de se fazer uma reconstrução histórica da legislação pátria, no que tange às tentativas de se limitar a atuação dos contribuintes (se é que estes limites realmente existem ou podem existir), quando da realização de negócios, de alguma forma, tem como consequência a redução da carga tributária, não se pode desprezar a redação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que foi introduzido pela Lei Complementar 104/2001, da seguinte forma:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de **dissimular** a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (destacou-se)

Pela redação do artigo, invocado, inclusive, pelo agente que promoveu a atuação, não há dúvidas de que, mesmo não tendo sido editada a lei ordinária a que faz menção do citado parágrafo, uma vez caracterizada a ocorrência de atos ou negócios dissimulados, estes poderão ser desconsiderados pelo agente fiscal.

Contudo, como boa parte da doutrina admite, este dispositivo seria dispensável, uma vez que, dentro do ordenamento jurídico pátrio, já existem outros textos legais, que autorizam a desconsideração (anulação) de atos ou negócios jurídicos realizados com simulação ou dissimulação. Mas, o mais importante é que não existe nenhum texto legal que proíba a realização de negócios com a intenção de redução de tributos. Neste ponto, se vale, mais uma vez, dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto:

"Com efeito, não há enunciado prescritivo que proíba, direta ou indiretamente, a estruturação, por meios lícitos, de operação tributária com o único propósito de reduzir ou mesmo não pagar tributos. Não há regra específica que vede tal procedimento, mas

figuras como a simulação e a fraude são aptas a demonstrar que a busca pela economia tributária não pode ultrapassar os limites normativos, como bem demonstra o mencionado art. 149 do CTN, em seus incisos V, VI e VII." (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 219) (destacou-se)

Desta feita, pode-se chegar à uma primeira conclusão neste tópico: o propósito negocial, para fins de aferição da legalidade ou não de eventual planejamento tributário, não é um requisito essencial. E mais: não se pode perder de vista que o administrador/sócio de qualquer entidade tem como dever a busca de eficiência em todos os aspectos, inclusive os econômicos, que podem ser tributários, ainda mais nos dias atuais, em que a carga tributária é extremamente relevante no dia a dia das empresas.

Não se pode dar ao aplicador da lei (*in casu*, o agente atuante) a possibilidade de questionar o intento negocial das empresas nos chamados planejamentos tributários, uma vez que este pode se dar por diversos motivos, inclusive com o fito de reduzir a carga tributária. O que se pode, deve-se ressaltar, é se verificar a legalidade das operações e a prática ou não de condutas simuladas, dissimuladas ou fraudulentas. Não mais do que isso. Neste sentido, são os ensinamentos do Professor Ives Gandra Martins:

Não há, no Direito Tributário brasileiro, regido pelo princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei tributária, a figura desconsiderativa, nem o princípio de que, à falta de propósito negocial, o planejamento fiscal, que apenas objetive reduzir a carga tributária, utilizando-se do instrumental legal existente, seja ilegal. Tal interpretação fere direitos fundamentais do contribuinte. Viola o inciso I do artigo 150 da CF. Desfigura a moral impositiva e produz desconfiança de que, para gerar "superávits primários" – cada vez mais difíceis, em face da esclerosada máquina burocrática, que consome 37% de tributos em relação ao PIB -, hoje é mais importante do que arrecadar a lei. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Planejamento Tributário e Legalidade. In Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, 18º Volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014. Págs. 226 e 227)

Sabe-se que parte da doutrina e da jurisprudência, em especial a administrativa, têm dado outros contornos ao tema, arrimados na importação de doutrina estrangeira trazida ao Brasil. Vários julgados deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais buscam o propósito negocial dos contribuintes (que não seja apenas a redução de tributos), para validar planejamentos tributários.

Entretanto, tem-se a convicção de que, sendo a eficiência econômica um princípio que deve ser perseguido por qualquer gestor e sendo a carga tributária extremamente relevante no dia a dia das empresas, não se pode afastar a possibilidade (e/ou facultatividade) de haver rearranjos societários, econômicos e/ou financeiros com o intuito de reduzir o pagamento de tributos.

Contudo, não se pode permitir que, na busca desta eficiência econômica, sejam praticados atos simulados, fraudulentos, em contrariedade com a lei, principalmente quando praticados entre partes relacionadas, pertencentes ao mesmo grupo econômico ou com o mesmo quadro societário, como é caso da operação realizada pelo Recorrente.

No que tange à simulação, o Código Civil (Lei nº 10.406/02), independentemente da redação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, preceitua que é nulo o negócio jurídico simulado. Veja-se a redação do artigo 167 do CC:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1o 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.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A doutrina civilista entende que a simulação pode ser absoluta ou relativa. O saudoso Caio Mário da Silva Pereira é cirúrgico ao conceituar o instituto. Confira-se:

"Pode a simulação ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando o ato encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter eficácia nenhuma. Diz-se aqui absoluta, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. (...) A simulação se diz relativa, também chamada dissimulação, quando o ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e.g. uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem (e.g. a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferir-la). E é relativa em tais hipóteses, porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente consequente ao ato.(...)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume 1. Rio de Janeiro, Forense, 2001. pág. 339) (destacou-se)

Portanto, na simulação relativa ou dissimulação, dois negócios existem: o aparente (o simulado) e o oculto (o dissimulado), sendo este o que as partes efetivamente desejavam realizar. Ainda, na dissimulação, nem tudo é fictício, tendo em vista que o seu objetivo é justamente ocultar a verdadeira natureza do ato praticado. Existe licitude, mas esta não representa o real negócio praticado. Fabiana Del Padre Tomé assim leciona sobre o tema:

"Para que haja simulação, é necessário (i) divergência entre a real vontade das partes e o negócio por ela declarados e (ii) intenção de lograr o Fisco. Esses são, por conseguinte, pressupostos indeclináveis da desconsideração das operações jurídicas praticadas pelos contribuintes, devendo estar demonstrado por meio de provas constituídas pela Administração (...)". (TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2008. Pág. 312).

Desta feita, chega-se à segunda conclusão deste tópico, necessária para a análise do presente caso: a fiscalização, caso demonstre (prove) que houve simulação ou dissimulação nos negócios jurídicos praticados, poderá desconsiderá-los e, com esta desconsideração, imputar obrigações tributárias de acordo com o real negócio praticado.

Todavia, não se pode perder de vista que, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, *"a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções, para chegar à convicção de sua existência."* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume 1. Rio de Janeiro, Forense, 2001. pág. 341) Ou seja, cabe a fiscalização comprovar, mesmo que com indícios e presunções, a prática de atos simulados, descaracterizando-se assim o negócio, para que possa, ao final, constituir créditos tributários de acordo com o real negócio realizado.

Ao comentar o disposto no artigo 167 do Código Civil, Paulo Ayres Barreto chega a esta mesma conclusão. Confira-se:

"Consoante a dicção legal, a simulação pode decorrer (i) da interposição de pessoa(s); (ii) da ocultação da verdade; e (iii) da oposição de data falsa. Por se tratar de hipótese de nulidade, prescreve o art. 168 do CC que a ocorrência de simulação pode ser alegada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, quando lhe couber investir. Nessa perspectiva, as Fazendas Públicas, prejudicadas por força da verificação de ato ou negócio simulado, têm legitimidade para pleitear o reconhecimento judicial da simulação perpetrada." BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 143)

Ainda, há que se posicionar no sentido de que a figura do abuso de direito, invocada pela fiscalização na autuação ora em análise, para desqualificar as operações societárias praticadas, no sentido que elas seriam ilícitas, não pode ser utilizada no âmbito do Direito Tributário, porque se estaria, em última análise, utilizando-se de analogia para a caracterização do fato gerador, o que, como sabido, é vedado pelo § 1º, do artigo 108, do CTN.

Mais uma vez, se vale dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto, que leciona no sentido de que o abuso de formas jurídicas deve ser tomado como um indício de dissimulação, mas nunca para fins de requalificação do negócio jurídico praticado. Veja-se a sua conclusão:

"(...) fato que nos autoriza a afirmar que só poderá ocorrer a requalificação de fatos relatados pelo particular, por parte da autoridade administrativa, se restar comprovada a simulação ou dissimulação. Abuso de direito, qualificado nos termos do Código Civil, poderá ser representativo de mero índice de simulação ou dissimulação. Todavia, se não restar comprovada a ocorrência de simulação ou de dissimulação, não haverá autorização para requalificação fática com base na alegação de abuso de direito. Prevalecerá a norma especial de direito tributário, não se aplicando a geral de direito privado." (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 206)

Assim, por todo o exposto até aqui, podem ser fixadas as seguintes premissas: (i) com a edição da Lei nº 9.532/97 (fruto da conversão da MP nº 1.602/97), o ágio passou a ter efeitos tributários; (ii) até o advento da Lei 12.973/14, a legislação não vedava a amortização do ágio em operações realizadas por partes vinculadas, o chamado "ágio interno"; (iii) a fiscalização, caso demonstre que houve ou simulação ou dissimulação nos atos praticados, poderá desconsiderá-los e, com esta desconsideração, imputar obrigações tributárias de acordo com o real negócio praticado entre as partes, não se admitindo o abuso de direito como único fundamento para requalificação dos negócios praticados; e (iv) o propósito comercial, para fins de aferição da legalidade ou não de eventual planejamento tributário, não é um requisito essencial.

Com base neste entendimento, passa-se a analisar as imputações da fiscalização, os argumentos do contribuinte e, em especial, as provas carreadas aos autos.

#### **DAS ILAÇÕES DA FISCALIZAÇÃO NO QUE TANGE ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS E DOS ARGUMENTOS E PROVAS APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE.**

De pronto, como demonstrado alhures, a fiscalização alega, no TVF, que a legislação não autoriza a formação do chamado "ágio interno", mesmo no que tange às operações ocorridas antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14.

Neste ponto, sem maiores delongas, pelo o que restou demonstrado acima, não há como se sustentar a acusação fiscal. Não havia na legislação, na época dos fatos geradores (no presente caso, o ano-calendário em que ocorreu a amortização glosada pela fiscalização é de 2012) qualquer vedação quanto à formação de ágio em operações societárias realizadas entre entidades vinculadas.

Desta forma, refutando-se desde já esse argumento constante do TVF, pode-se adiantar que não há reparos a se fazer na amortização do ágio realizada pelo Recorrente e que esta foi indevidamente glosada pelo agente autuante. Para demonstrar esse entendimento, contudo, é necessário discorrer sobre os atos praticados pelo Recorrente e analisar as provas apresentadas.

Não se pode deixar de mencionar, neste ponto, que a acusação fiscal não perpassa pela constatação de prática de atos simulados ou dissimulados pelo Recorrente. O agente autuante deixa claro que a glosa está baseada em suposto “abuso de direito” praticado pelo contribuinte. Veja-se a conclusão constante do TVF:

A operação engendrada não evidencia propósito negocial, que pode ser caracterizado como o conjunto de razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que justifique a adoção dos atos e negócios jurídicos, além da finalidade de pagar menos tributos, **caracterizando abuso de direito**.

(...)

**Não se questiona aqui a validade formal dos atos praticados**. O que se demonstra inaceitável do ponto de vista tributário é a dedução de parcelas relativas à amortização de um ágio construído internamente, sem propósito negocial, a partir de operações meramente formais em que uma das partes é totalmente desprovida de existência real e efetiva. (destacou-se)

Entretanto, como demonstrado nas premissas acima fixadas, os atos praticados pelo contribuinte, que levam em consideração aspectos econômicos/financeiros, inclusive para suportar uma menor carga tributária, se não forem eivados de ilicitudes (simulação ou dissimulação), não podem ser desconsiderados pela fiscalização, uma vez que o legislador pátrio não condenou e/ou repeliu esse tipo de atitude. Pelo contrário, demonstrou-se acima que o ordenamento jurídico privilegia a livre iniciativa, repelindo apenas aqueles atos praticado de forma contrária ao direito.

Em parecer juntado pelo Recorrente aos autos (fls. 1978 e seguintes), o eminente Professor Paulo de Barros Carvalho, também se posiciona neste sentido, em especial, quando afirma que *“que é lícita opção do contribuinte pela prática de determinada forma negocial, tendo em vista a menor carga tributária sobre ela incidente. Assim, desde que o negócio eleito seja efetivamente executado, não havendo ocultação de fato a ele subjacentes, inadmissível sua desconsideração pelas autoridades fiscais”*. E arremata o consagrado Professor:

Com ainda maior razão, não há como desqualificar uma reestruturação societária que, além de vantagens de ordem tributária, seja realizada para alcançar outros objetivos econômicos ou para o cumprimento e outros requisitos legais.

Justamente neste sentido, sabendo-se que esse entendimento não é ratificado por todos os julgadores deste colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para que não restem dúvidas quanto à possibilidade de amortização do ágio ora em discussão, entende-se como necessário demonstrar que os atos praticados pelo contribuinte tinham um propósito não tributário e que, por isso, não deve prevalecer a glosa perpetrada pela fiscalização.

Pelo o que se denota dos autos, como a própria fiscalização afirma, todas as operações societárias que deram ensejo à contabilização do ágio amortizado pelo Recorrente foram motivadas, em um primeiro momento, pela necessidade do Grupo GM, com sede nos Estados Unidos da América, de fazer uma *“reorganização de seus negócios com segregação da atividade industrial da atividade financeira”*, em especial por conta da crise financeira vivenciada pelo braço automotivo do grupo na década de 2001 a 2010.

Assim, como a própria Recorrente explicita no seu apelo, como houve uma redução significativa na avaliação de risco de crédito do braço automotivo do grupo, “*essa redução no risco de crédito da GM afetava a avaliação de risco de crédito da própria GMAC, o que fazia com que a empresa financeira do grupo General Motors tivesse mais dificuldades e incorresse em maiores custos ao se financiar no mercado de capitais americano, especialmente no mercado de lançamento de títulos (commercial papers)*”.

Esta situação, vivenciada nos Estados Unidos da América, mas que afetava todas as empresas do grupo, inclusive no Brasil, foi devidamente comprovada pelo Recorrente, através do denominado “Formulário 8-K”, que é a forma pela qual se presta, nos Estados Unidos, informações aos investidores no mercado de capitais e à Comissão de Valores Mobiliários norte-americana (Securities and Exchange Commission - “SEC”) (doc. de fls. 1.573 dos autos).

Neste sentido, como a participação societária do Recorrente, desde sua criação, era detida pela GM do Brasil, que tinha como atividade a área automotiva do grupo, o intuito formalizado nas operações societárias, em última análise, foi transferir aquela participação para GMAC/EUA, que era o “braço” financeiro do grupo econômico, para, inclusive, facilitar sua alienação.

Posteriormente, essa alienação, de fato, como a própria Recorrente afirma e comprova, “*acabou efetivamente ocorrendo, no ano-calendário de 2006, quando a GM alienou 51% do capital da GMAC para um conjunto de investidores liderado pelo fundo Cerberus Capital Management (“Cerberus”)*”, como se pode constatar do exame da carta protocolada pela GMAC junto ao Banco Central do Brasil em 1.8.2006, e também das notícias anexas divulgadas pela mídia especializada (docs. nos 9 e 10 da Impugnação)” (documentos acostados às fls. 1.594 e seguintes).

Pois bem.

Em que pese não haver manifestação da PGFN nos autos, os procuradores Paulo Roberto Riscado Junior e Marco Aurélio Zortea Marques, em artigo acadêmico, no qual analisam a presente operação, mas relativa a fatos geradores anteriores<sup>2</sup>, deixam claro o entendimento de que, como a GMAC/EUA adquiriu da GM EUA parte da GM Brasil, o “caminho correto”, aos olhos daqueles Procuradores da Fazenda Nacional, para GMAC/EUA receber o Banco GM, seria se “*fazer a redução de capital da GM Brasil em favor da GMAC/EUA. GMAC/EUA receberia o Banco GM em redução de capital, mas nesse caso eventual ágio ficaria registrado na GMAC/EUA, e não poderia ser utilizado no Brasil*”<sup>3</sup>.

Ocorre, contudo, que o Recorrente apresentou justificativas e comprovações, no sentido de que, fazendo a operação diretamente, como argumentado por aqueles procuradores, teria prejuízos financeiros/econômicos de grande ordem, o que não se justificava.

Em primeiro lugar, não se pode deixar de mencionar que os valores que envolveram a negociação da participação societária do Recorrente, que acabaram culminando em um pagamento de um sobrepreço, se deram em condições reais de mercado, sendo que não houve, por parte da fiscalização, qualquer crítica ao laudo de avaliação produzido pela empresa de auditoria Ernest Young.

<sup>2</sup> A análise feita pelos autores foi do acórdão nº 1301.001.224, uma vez que, smj, à época em que o artigo foi produzido não havia sido proferido o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

<sup>3</sup> In Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL: à luz da jurisprudência do CARF: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Coordenação Marcelo Magalhães Peixoto, Maurício Pereira Faro. 1ª ed. - São Paulo: MP Editora, 2016. pág. 499.

Importante destacar que o laudo utilizou-se da metodologia denominada “fluxo de caixa descontado”, que é amplamente aceita, inclusive é um dos métodos de avaliação considerados pela CVM, conforme expressamente dispõe o § 4º, do artigo 4º, da Lei 6.404/76.

Assim, torna-se incontestável a informação do Recorrente de que a negociação se deu em “*valores justos de mercado (arm’s length), suplantando o vínculo societário então existente*” entre as empresas do Grupo GM.

E para justificar que as operações foram realizadas, principalmente para minimizar os prejuízos que seriam certos, caso a operação fosse realizada de forma direta, o Recorrente apresenta, basicamente, quatro argumentos: (i) o prazo; (ii) a forma de avaliação e pagamento do preço; (iii) a preservação do registro de capital estrangeiro no Brasil; e (iv) o atendimento à Resolução CMN n.º 3.040, de 28.11.2002.

No que tange ao prazo, o Recorrente alega que, tendo em vista a crise vivida pela braço automotivo do grupo e a premente necessidade de segregação das atividades, foi estipulado que esta deveria se dar no ano de 2004, o que, em suas palavras, “*era uma forma de sanar o mais rápido possível a condição adversa da divisão “automotiva”, em preparação para a venda que seria feita a terceiros*”.

Já com relação à avaliação e forma de pagamento, como demonstrado acima, não existem dúvidas de que os valores foram fixados a preço de mercado, sendo que o laudo produzido pela empresa de auditoria independente sequer foi questionado, neste ponto, pelo agente autuante.

Por outro lado, a Recorrente demonstrou que, efetivamente, a GMAC/EUA efetuou o pagamento do valor de US\$ 335.510.937,00 em contrapartida ao recebimento da participação no Banco GMAC. O comprovante da operação financeira está acostado às fls. 1.707 e 1.708 dos autos.

O terceiro motivo para a realização das operações societárias no Brasil, que culminaram com o registro e a amortização do ágio pela Recorrente, seria pela necessidade de se preservar o registro de capital estrangeiro no Brasil. Este ponto foi justificado pelo Recorrente pelo fato de que “*uma regra cambial brasileira em vigor à época — Circular do Banco Central n.º 2.997, de 16.8.2000 (“Circular 2.997/00”) —, aliada ao cenário então vigente de desvalorização acumulada do Real frente à moeda estrangeira —, faria com que a GM tivesse uma perda muito significativa de valor no registro de investimento externo direto (Registro de Investimento Estrangeiro - Investimento Externo Direto - “RDE-IED”)*”.

Neste sentido, a Recorrente discorre em seu Recurso Voluntário sobre as implicações de fazer a operação de forma direta e os prejuízos que incorriria se tomasse esse caminho e por quais motivos a empresa Braco Participações Ltda. teve que ser utilizada na operação, para que esta se mostrasse viável do ponto de vista econômico.

De fato, pelas regras regulatórias do Banco Central do Brasil e, em especial, pela desvalorização do Real frente ao Dólar Americano, o Recorrente não tinha alternativa se não se utilizar de uma empresa brasileira – no caso a Braco Participações Ltda – para realizar a operação, não tendo, assim, impactos (diga-se, prejuízo) no Registro de Investimento Estrangeiro - Investimento Externo Direto “RDE-IED”.

Isso porque não há dúvidas de que a Circular 2.997/00 do BACEN determinava que, na hipótese de redução de capital, com entrega de participação societária a sócio estrangeiro, seria cancelada parte do RDE-IED detido pela parte estrangeira, no caso a GM, em

relação à sociedade brasileira que estivesse reduzindo o capital, no caso a GM do Brasil. Assim, em seu lugar, um outro RDE-IED teria que ser criado relativamente ao investimento que a empresa estrangeira passaria a deter na sociedade. Veja-se a redação daquela circular:

Art. 5º São registrados no item investimento do Módulo RDE- IED, na moeda estrangeira efetivamente ingressada no País, os valores correspondentes à integralização da participação de não-residentes no capital social, subscrito ou destacado, de empresas no País, ou relativos ao pagamento da aquisição de ações ou quotas integralizadas detidas por residentes no capital social de empresas no País, mediante utilização de moeda, direitos creditórios ou bens conferidos, na forma das normas vigentes e nos termos deste Regulamento.

Parágrafo 1º São também registrados no item investimento do Módulo RDE-IED os valores aplicados em integralizações ou aquisições de ações ou quotas correspondentes a:

I - rendimentos auferidos por investidor externo que forem reaplicados em empresas receptoras diversas daquelas que originaram os rendimentos;

II - reaplicações de recursos passíveis de transferência financeira internacional a título de retorno de capital ou de valorização;

III - valores oriundos de conversão em investimento de direitos creditórios constituídos na forma das normas vigentes, observado o disposto no capítulo próprio deste Regulamento.

Parágrafo 2º Entende-se por valorização, exclusivamente para fins de registro no Módulo RDE-IED e de codificação das transferências financeiras pertinentes, a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas correspondentes que vier a ser declarado no sistema, direta ou indiretamente, por ocasião da alienação a residentes, liquidação de empresa receptora ou redução de capital para restituição a sócio, e o valor pelo qual essas ações ou quotas se acham registradas no Módulo RDE-IED, não se confundindo com o ganho de capital a ser apurado na forma das normas tributárias. Se negativa, a diferença é tratada como desvalorização

(...)

Art. 12. O valor da contrapartida em moeda estrangeira, nos casos previstos nos incisos I e II do parágrafo 1º do art. 5º e no art. 10, e o valor da contrapartida em moeda nacional, no caso previsto no parágrafo 1º do art. 6º, serão calculados mediante aplicação da média aritmética entre as taxas cambiais de compra e de venda válidas para o dia do ato societário da empresa receptora, disponíveis na opção 5 da transação PTAX800 do SISBACEN.

Contudo, tendo em vista as dificuldades com câmbio, que se mostrava bastante desfavorável, a formação de um novo RDE-IED seria extremamente onerosa financeiramente para o contribuinte.

No já citado parecer elaborado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, o ilustre jurista deixa claro esse prejuízo que seria experimentado na operação, caso a empresa Braco não fosse utilizada para formalizar o rearranjo societário do Grupo GM. Em suas palavras:

Diante das regras especiais e das oscilações da moeda, caso a operação não fosse realizada com a participação de Braco, haveria efeitos negativos sobre os registros dos investimentos das empresas norte-americanas, comprometendo seu resultado em caso de eventual repatriação de seus investimentos brasileiros.

(...)

Ou seja, fosse o caso de cancelar o registro e substituí-lo pelo novo, como deveria acontecer caso não houvesse a participação de Braco, haveria uma grande perda financeira ocasionada pelo uso de distintas taxas de câmbio e a desvalorização

acumulada do real. A diferença apurada impactaria negativamente os resultados financeiros de GMAC, levando a perdas em caso de repatriação desse investimento.

No entanto, a participação de Braco no negócio permitiu a GMAC tratar o investimento como uma atualização, pelo mesmo valor, do RDE-IED antes detido sobre GMBrasil para um RDE-IED agora sobre Braco. Reiduzindo assim as perdas decorrentes da variação de regras cambiais.

E como se não bastasse, para ratificar o prejuízo que teria incorrido, caso tivesse procedido como sugeriram os procuradores da Fazenda Nacional no artigo acadêmico mencionado acima, o Recorrente apresentou, com o Recurso Voluntário, parecer do Professor da USP, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, (fls. 2.045 e seguintes dos autos), em que o ilustre professor deixa claro que a operação realizada pelo Recorrente era a única possibilidade de preservar os registros de investimento estrangeiro originalmente realizados pelo grupo General Motors. Confirma-se uma das conclusões daquele parecer:

(ii) sob o ponto de vista da regulamentação cambial então vigente à época da reorganização do grupo General Motors no Brasil (2004), a forma adotada pelo grupo General Motors para segregar as divisões "automotivas" e "financeiras" no Brasil era a única que poderia preservar os registros de investimento estrangeiro originalmente realizados pelo grupo General Motors?

98. Pelo que foi dado a este Parecerista concluir pelo estudo dos fatos e da legislação aplicável, efetivamente a única forma de se alcançar a legítima preservação dos registros de investimento estrangeiro realizados pelo Grupo General Motors foi aquela precisamente adotada pela Consulente.

99. Com a contribuição das quotas da GMB pela GMAC em aumento de capital da Braco, e correspondente redução de capital dessa sociedade brasileira para entrega de ativos (ações do BGM) diretamente a outra entidade local, não seria aplicável o disposto no art. 12 da Circular 2.997/00 e, sob a perspectiva de registro do investimento estrangeiro, ocorreria tão somente a "migração" proporcional do RDE-IED no seu valor original, ou seja, sem quaisquer perdas relacionadas ao investimento originalmente feito. Tanto que como se pode notar do RDE-IED de nº IA046153, o investimento estrangeiro registrado pela GMAC na GMB, em 28.12.2004, era US\$ 350.682.807,93, ou seja, o valor efetivamente pago por aquela sociedade.

100. Portanto, ainda que estruturada mediante negócio jurídico indireto, a operação em análise teve clara função de hedge, e **correspondeu, de forma válida e legítima, à única alternativa juridicamente possível para o grupo General Motors preservar o capital estrangeiro originalmente investido no País, ao encontro das regras constitucionais e legais que asseguram neutralidade de tratamento para esses valores.** (destacou-se)

Por fim, o Recorrente demonstrou que a Resolução CMN nº 3.040, de 28.11.2002 exigia que as instituições financeiras brasileiras, como no seu caso, fossem detidas apenas por (i) pessoas físicas, (ii) instituições financeiras regulamentadas como tais, ou (iii) sociedades holdings cujo propósito exclusivo fosse a participação na instituição financeira.

Como a GMAC tinha domicílio nos Estados Unidos e, naquele país, não era ainda regulamentada como uma instituição financeira, a única opção da Recorrente, para não infringir as regras regulatórias do sistema financeiro nacional, foi realizar a operação, na forma em que seu controle seria de uma sociedade holding, o que veio a ser feito com a Braco Participações Ltda.

Todos estes fatos, diga-se, não passaram despercebidos, quando do julgamento do processo nº 16327.001482/201050-2 realizado pela 3ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF. Veja-se o que constou do acórdão nº 1301-001.224:

Com efeito, demonstrou a Recorrente existir um propósito, almejado pelo grupo General Motors, consistente em transferir a participação detida na Recorrente, da GMB para a GMAC, segregando suas atividades financeiras e automotivas no Brasil em canais de negócios distintos, justificado, falo do negócio na formatação adotada, pela necessidade de preservação de registro de capital estrangeiro junto ao Banco Central do Brasil, que como tem justificado a contribuinte, constitui outra razão empresarial para a estruturação dessa transferência com a participação da sociedade Braco Participações Ltda., sendo que esse aspecto foi, inclusive, objeto de análise prévia pelo Banco Central do Brasil, demonstra não prospera o entendimento da decisão recorrida de que a Braco foi mera empresa veículo, criada sem outra finalidade que não a de permitir uma amortização fiscal de ágio, apresentando um histórico com explicações sobre o processo de segregação da GM e da GMAC.

Diante disso, ao menos duas inegáveis razões empresariais defluem do caso apresentado: (i) a premente necessidade de transferência do controle acionário da Recorrente (ii) a preservação do registro de capital estrangeiro perante o Banco Central do Brasil.

Por fim, mas não sem maior importância, cumpre apenas argumentar que, mesmo que haja considerações e até mesmo restrições quanto à contabilização do denominado “ágio interno”, no presente caso, como restou muito bem demonstrado pelos Professores Eliseu Martins e Vinícius Aversari Martins, em parecer também apresentado pelo Recorrente (fls. 1942 e seguintes dos autos), a contabilização do ágio gerado nas operações societárias praticadas não tem qualquer óbice, em especial porque a transação se deu, comprovadamente, em bases comutativas. Veja-se, neste sentido, as colocações daqueles consagrados professores:

**8.1 O ágio reconhecido pela BRACO em relação ao investimento que passou a ser detido no BGMAC pode ser contabilizado, mesmo tendo sido gerado dentro de um mesmo grupo econômico?**

Sim. Por força do Acordo de Bases Comutativas, todas as transações entre empresas do grupo GM devem ser feitas a valores de mercado. Tendo em vista que a transação que deu origem ao ágio foi a valores de mercado, e que houve desembolso financeiro para cancelar a transação e seu valor, entendemos que nesse caso, mesmo que tenha sido feita dentro de um mesmo grupo econômico, o ágio é respaldado por substância econômica, portanto, pode ser contabilizado como se fosse um ágio originado de uma transação com terceiros.

A bem da verdade, mesmo que não tivesse sido a liquidação em dinheiro, ele seria validado, apenas salientamos isso para reforço. O importante é que a legislação e a normatização brasileira sempre exigiram esse tipo de registro nessas circunstâncias, independentemente de a transação se dar entre entidades do mesmo grupo econômico.

Não havia, absolutamente, qualquer vedação de ordem legal ou mesmo normativa e contábil que objetasse esse procedimento. Existiam, sim, movimentos, artigos e até sugestão da CVM (e nada se aplica a este caso, já que são posteriores e se aplicam apenas a companhias abertas no Brasil) no sentido de se restringir o reconhecimento desses ágios, como exposto neste Parecer. Aliás, nem mesmo a CVM chegou a emitir qualquer ato normativo a respeito, já que a Lei das S/A claramente aceitava (e ainda aceita, diga-se de passagem) o registro desses ágios entre entidades sob controle comum.

Assim, quando se verifica as operações, seja no ponto de vista contábil, seja no jurídico, não há como subsistir a glosa da amortização do ágio realizada pela fiscalização.

Por todo o exposto, VOTA-SE por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para, reformando a decisão recorrida, reconhecer legítima a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio.

**DOS ARGUMENTOS SUBSIDIÁRIOS APRESENTADOS PELO RECORRENTE.**

Como o entendimento deste relator restou superado pela maioria dos membros do colegiado, deve-se analisar os demais argumentos e pedidos subsidiários apresentados pelo Recorrente, notadamente (i) a impossibilidade de cobrança da multa e juros e (ii) a inaplicabilidade da SELIC, já adiantando, contudo, que não merecem prosperar as insurgências do Recorrente.

O primeiro argumento do Recorrente é no sentido de que, em síntese, a penalidade (multa) de 75% aplicada de ofício pela fiscalização seria desproporcional e, por isso, deveria ser aplicada em um percentual “*proporcional e adequado*”.

Ocorre que a penalidade aplicada pela fiscalização é a que foi expressamente prevista pelo legislador (artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96). Neste sentido, acatar o pedido do Recorrente seria o mesmo que declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal válido e vigente no ordenamento jurídico, o que é vedado pelo verbete da Súmula CARF nº 02, que tem a seguinte redação: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

O outro argumento do Recorrente, pela impossibilidade de aplicação da taxa SELIC nas penalidades aplicadas, também não merece ser acolhido, já que o posicionamento pacificado no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é pela aplicação daquele índice nas penalidades, nos termos da redação da Súmula CARF nº 108: “*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*”

Nestes termos, superado o posicionamento deste relator quanto ao mérito da discussão, vota-se por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias

## Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Redator designado.

Haja vista que a maioria dos membros da Turma divergiu do Relator acerca da possibilidade jurídica da contabilização e da amortização do ágio decorrente de operações realizadas entre pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico, o Presidente, nos termos do art. 63, § 1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, me incumbiu de redigir o voto vencedor em relação a essa matéria.

Passo, então a fazê-lo.

Inicialmente deve-se ressaltar que os  **fatos**  de que cuidam o presente processo,  **relativos a amortização de ágio no ano-calendário de 2012** , foram bem narrados pela Relator, não tendo havido divergência entre os membros do Colegiado quanto à matéria fática ou probatória.

A divergência da maioria dos membros do Colegiado em relação ao voto do Relator diz respeito, apenas, à  **repercussão jurídica**  desses fatos.

Bem, o conceito jurídico de **ágio** havido na aquisição de participação societária em empresas coligadas ou controladas (doravante designado simplesmente de **ágio**), **bem como a forma de seu reconhecimento contábil**, foi estabelecido pelo **art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77**, *in verbis* (redação vigente à época dos fatos tratados no presente processo):

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:** (g.n.)

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.** (g.n.)

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o **ágio** ou **deságio** serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - **O lançamento do **ágio** ou **deságio** deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:** (g.n.)

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.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

(...)

É muito importante destacar, para a correta compreensão do tema, que embora tenha sido veiculado em um estatuto que trata **principalmente** de matéria tributária, **o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 é uma norma de natureza contábil-societária**, e não de natureza tributária. Veja que além de conceituar o **ágio**, **essa norma estabelece a forma de seu registro contábil**, a qual deve ser **obrigatoriamente observada pelas pessoas jurídicas que avaliam seus investimentos com base no método da equivalência patrimonial (MEP)** de que cuida o art. 248 da Lei nº 6.404/76, **como é o caso da recorrente**.

**Ágio**, tal como conceituado na norma acima, é a diferença positiva entre **(i)** o custo de aquisição do investimento, e **(ii)** o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial (MEP).

**Natureza tributária** possui, por exemplo, o art. 25 do mesmo Decreto-lei nº 1.598/77, o qual determina que a amortização do **ágio** previsto no art. 20 não deverá ser computada na determinação do **lucro real**. Como a amortização do **ágio** compõe o lucro líquido (lucro contábil), o art. 25 determina, em suma, que o valor da amortização computada no lucro líquido seja a este adicionada para fins de determinação do **lucro real**.

É a seguinte a redação do art. 25 do mesmo Decreto-lei nº 1.598/77 (redação vigente à época dos fatos tratados no presente processo):

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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (g.n.)

(...)

Em conclusão, **o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 possui indiscutivelmente natureza contábil-societária**. Ao Direito Tributário, como direito de superposição que é, compete apenas regular-lhe os respectivos **efeitos tributários** (tal como o fez no art. 25 do mesmo Decreto-lei), **sendo-lhe vedado alterar o conceito contábil-societário de ágio estabelecido no art. 20**.

É o que dispõe o art. 109 do CTN, *in verbis*:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

(...)

Uma vez que o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 possui natureza contábil-societária, cabe aos órgãos que regulam esse ramo do Direito editar normas regulamentares e **interpretativas** sobre o ágio ali conceituado.

Assim sendo, no exercício de sua competência de dispor sobre normas de Direito Societário a **Comissão de Valores Mobiliário (CVM)**, logo na primeira instrução que publicou, tratou do conceito, do registro contábil, e da forma de amortização do ágio previsto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, nos seguintes termos:

**Instrução CVM nº 01, de 27 de abril de 1978:**

(...)

Desdobramento do custo de aquisição de investimento

XX - Para efeito de contabilização, o custo de aquisição de investimento em coligada ou em controlada deverá ser desdobrado e os valores resultantes desse desdobramento contabilizados em sub-contas separadas:

a) equivalência patrimonial baseada em balanço patrimonial ou em balancete de verificação levantado até, no máximo, sessenta dias antes da data da aquisição pela investidora ou pela controladora, consoante o disposto no Inciso XI

b) **ágio** ou deságio na aquisição, **representado pela diferença para mais** ou para menos, respectivamente, **entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial**. (g.n.)

(...)

XXII - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor de mercado de bens do ativo e o valor contábil na coligada ou na controlada desses mesmos bens deverá ser amortizado na proporção em que for sendo realizado na coligada ou na controlada por depreciação, por amortização ou por exaustão dos bens, ou por baixa em decorrência de alienação ou de perecimento desses mesmos bens.

XXIII - **O ágio** ou o deságio **decorrente da expectativa de rentabilidade deverá ser amortizado no prazo e na extensão das projeções que o determinaram ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de perecimento do investimento** antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização. (g.n.)

XXIV - O ágio decorrente de fundo de comércio, de intangíveis ou de outras razões econômicas, deverá ser amortizado no prazo estimado de utilização, de vigência ou de perda de substância ou quando houver baixa em decorrência de alienação ou de

perecimento do investimento antes de haver terminado o prazo estabelecido para amortização.

(...)

Também no exercício de sua **competência de interpretar** normas de Direito Societário, e tendo em vista haver constatado casos de surgimento artificial de ágio decorrente de reestruturações societárias realizadas internamente a grupos econômicos, **a CVM publicou, em 14/02/2007, o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01**, cuja redação é a seguinte:

**OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP N.º 01/2007:**

(...)

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Em síntese, **a CVM, no exercício de sua competência interpretativa, estabeleceu, em caráter normativo, que o ágio de que cuida o art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77 é somente aquele decorrente de transações realizadas entre partes independentes (doravante designado de ágio “arm’s length”). É que o “ágio” decorrente de transações realizadas entre pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico (doravante denominado apenas de ágio interno) não deve ser reconhecido contabilmente.**

Na esteira do Ofício-Circular acima referido, **em 29/11/2007 o Conselho Federal de Contabilidade, no exercício de suas atribuições legais e regimentais, publicou a Resolução**

**CFC n.º 1.110, por meio da qual vedou o reconhecimento contábil do ágio interno e, mais, determinou a sua baixa acaso já houvesse sido contabilmente reconhecido, senão vejamos:**

**Resolução CFC n.º 1.110/2007:**

(...)

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

**Ainda sobre o assunto, importante destacar o conteúdo dos parágrafos 48 a 50 do Pronunciamento Técnico CPC n.º 04 (R1), publicado em 02/12/2010 (conteúdo esse bastante similar àquele contido nos parágrafos 47 a 59 do revogado Pronunciamento Técnico CPC n.º 04, de 03/10/2008), que expressamente vedam o reconhecimento contábil do ágio interno:**

**Pronunciamento Técnico CPC n.º 04 (R1), de 02/12/2010:**

(...)

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

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

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

50. As diferenças entre valor justo da entidade e o valor contábil de seu patrimônio líquido, a qualquer momento, podem incluir uma série de fatores que afetam o valor justo da entidade. No entanto, essas diferenças não representam o custo dos ativos intangíveis controlados pela entidade. (Alterado pela Revisão CPC 03)

(...)

**Pois bem, a ora recorrente, constituída sob a forma de sociedade anônima, e sendo uma instituição financeira, está obrigada a observar de todas as normas interpretativas acima referidas.**

**Em assim sendo, nos termos da correta interpretação do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77, a recorrente não poderia ter reconhecido contabilmente o ágio interno decorrente da reestruturação societária realizada no ano de 2004 pelo Grupo General Motors.**

E mesmo se, **no ano de 2004**, quando realizada a reestruturação societária em comento, seria "aceitável" a alegação de que o reconhecimento contábil do ágio interno teria advindo de uma **incorreta** interpretação do art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77, o fato iniludível é que, **já a partir do advento do referido Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01, de 14/02/2007, essa alegação não mais é aceitável.**

Da mesma forma, **também não é aceitável a alegação da recorrente** segundo a qual seria admissível o reconhecimento contábil do ágio interno sob exame, haja vista que as transações que lhe deram origem, embora levadas a efeito entre empresas integrantes do Grupo General Motors, teriam sido realizadas em **bases comutativas.**

Ora, conforme expressamente consignado no Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007, na Resolução CFC n.º 1.110/2007, e no Pronunciamento Técnico CPC n.º 04 (R1), de 2010, a vedação ao reconhecimento do ágio interno advém do **simples fato de este ser fruto de transações realizadas entre pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico**. É daí que advém o adjetivo "**interno**" empregado por esses atos para qualificar o "**ágio**" decorrente dessas operações intragrupo.

Veja que não há nada nesses atos interpretativos que minimamente sugira que a vedação ao reconhecimento contábil do ágio interno esteja limitada aos casos em que as transações que lhe deram origem tenham sido realizadas em bases **não comutativas**.

Ademais, em razão de tudo o que acima foi exposto, é de se dizer ainda que **não assiste razão à recorrente quando alega que somente a partir do advento do art. 22 da Lei n.º 12.973/2014 é que o aproveitamento do ágio interno passou a ser vedado**, e que, *a contrario sensu*, **no ano de 2012, objeto da autuação, não haveria vedação ao aproveitamento do ágio interno**.

É a seguinte a redação do art. 22 da Lei n.º 12.973/2014:

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (*goodwill*) decorrente da aquisição de participação societária entre partes **não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977**, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

Ora, como visto e revisto, o art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77, referido no art. 22 da Lei n.º 12.973/2014, é uma norma de natureza contábil-societária, daí porque compete aos órgãos que regulam esse ramo do Direito interpretá-la, interpretação essa que deve ser observada em caráter cogente pelas sociedades anônimas, inclusive pelas instituições financeiras, como é o caso da recorrente.

Em assim sendo, é inteiramente descabida a alegação segundo a qual somente a partir do advento da Lei n.º 12.973/2014 é que o aproveitamento do ágio interno passou a ser vedado. Pois, como já assentado, desde o ano de 2007 a CVM e o Conselho Federal de Contabilidade, interpretando o art. 20 do Decreto-lei n.º 1.598/77, expressamente vedaram o aproveitamento do ágio interno, vedação essa posteriormente confirmada pelo Pronunciamento Técnico CPC n.º 04 (R1), de 2010.

Nesse sentido, muito ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, o art. 22 da Lei n.º 12.973/2014 apenas positivou em **lei ordinária** um entendimento que há muito já era de observância obrigatória pelas sociedades anônimas, inclusive instituições financeiras.

É de se dizer ainda que a **vedação ao reconhecimento contábil do ágio interno não passou despercebida pelo autor da ação fiscal**, que assim se pronunciou em seu **termo de verificação fiscal** (e-fl. 1358 e ss.):

Importante mencionar que um ativo intangível, como a rentabilidade futura, tem o seu reconhecimento contábil impedido pelo fato de não existir um custo que possa ser confrontado com os benefícios gerados. **A luz da Teoria da Contabilidade, e inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico.** (g.n.)

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários, tem, entre outras, as atribuições de acompanhar, coordenar e orientar "*atividades relacionadas a empresas, aos intermediários financeiros, aos investidores, à fiscalização externa, à normatização contábil e de auditoria, aos assuntos jurídicos, ao desenvolvimento de mercado, à internacionalização, à informática e à administração*". E reconhecida a competência técnica da CVM em questões contábeis, como a de implementar pronunciamentos técnicos sobre Contabilidade e a de contribuir na melhoria da divulgação de informações contábeis. Suas orientações produzem efeitos não apenas sobre as companhias de capital aberto mas também sobre todas as empresas que procuram seguir práticas contábeis salutaras e geralmente aceitas.

O ágio interno não ficou imune às críticas da CVM. Ela condenou, por meio do **Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007**, de 14 de fevereiro de 2007, assim como em outros atos anteriores, as operações em que há ágio gerado internamente, ou seja, ágio gerado sem a validação (pagamento) de terceiros independentes: (g.n.)

(...)

É tão cristalino e sedimentado o entendimento de que o ágio gerado internamente fundamentado em rentabilidade futura não se qualifica como ativo que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, no seu **Pronunciamento Técnico CPC-04**, item 47, asseverou categoricamente: (g.n.)

(...)

Na mesma linha, a **Resolução CFC n.º 1.110/07**, do Conselho Federal de Contabilidade, em seu item 120, assevera: (g.n.)

(...)

Por inadmissível contabilmente, o reconhecimento de ágio gerado internamente é vedado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Obviamente, tratamento diferente é dispensado às organizações societárias que envolvam a figura do ágio originado de pagamento por terceiros independentes excedente ao valor patrimonial.

(...)

Por fim, quanto aos comentários do contribuinte sobre as operações societárias, sintetizadas acima, transcrevemos trecho da decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) no Ac. 12-37.900 da 5ª Turma da DRJ/RJ1, em Sessão do dia 17/06/2011, tendo em vista que eles seguem na mesma linha contida na impugnação ao Processo 16327.001482/2010-52, a seguir.

(...)

**A argumentação de que todas as operações em exame deveriam ser tratadas como tendo sido realizadas entre sociedades não-relacionadas em razão do Acordo de Bases Comutativas celebrado entre as empresas americanas não pode ser aceita**, uma vez que a GM e a GMAC eram sociedades relacionadas e pertencentes ao mesmo grupo econômico, alias a segunda era subsidiária integral da primeira. Na realidade, considerando-se todas as operações de reorganização societária ocorridas, o controle da impugnante nunca saiu do grupo societário.

(...)

Por fim, ressalte-se que a **1ª Turma da CSRF**, quando do julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional nos autos do processo n.º 16327.001482/2010-52, que cuida de lançamento de IRPJ e CSLL também **lavrado em face da ora recorrente** (Banco GMAC) relativamente a **fatos geradores ocorridos nos anos de 2005 a 2009, fruto da amortização do mesmo ágio decorrente da reestruturação societária do Grupo General Motors realizada em 2004**, decidiu pela vedação ao reconhecimento do ágio interno, conforme ementa ao **acórdão n.º 9101-002.805**, a seguir reproduzida:

**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.

(...)

Tendo em vista o exposto, voto por manter a glosa com despesas de amortização do ágio interno e, portanto, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto