



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721561/2013-26
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-006.190 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2023
Recorrente SUL AMERICA INVESTIMENTOS DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. EFEITOS.

Julgados administrativos e judiciais, ainda que proferidos por órgãos colegiados, mas sem um dispositivo normativo que lhes atribua eficácia vinculante, não constituem normas complementares de direito tributário.

DOCTRINA. EFEITOS.

Mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade, quanto ao arcabouço normativo que lhe seja aplicável.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

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

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

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. INDEDUTIBILIDADE.

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

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível do lucro real o ágio cujo fundamento econômico não restar comprovado. A documentação que pretenda atestá-lo deve ser a representação fidedigna da negociação empresarial, bem como contemporânea às efetivas razões da tomada de decisão pelo adquirente para celebração da relação

contratual pelo preço estabelecido. Trata-se de corolário do princípio da primazia da essência sobre a forma.

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. NÃO CONCORRÊNCIA.

Por decorrerem de distinta motivação, não concorrem, entre si, as multas de ofício - incidentes sobre tributos devidos em razão de irregularidades apuradas - e as denominadas multas isoladas - que derivam do não recolhimento de estimativas de tributos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos implica a obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. Assim, versando sobre idênticas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento da CSLL, o que restar decidido no lançamento do IRPJ, reflexo que se forma ante as mesmas razões de decidir delineadas quanto a um e outro, haja vista decorrerem de iguais elementos de convicção.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Jeferson Teodorovicz e Lucas Issa Halah, que davam parcial provimento para exonerar a multa isolada sobre estimativas pagas a menor, e o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, que dava provimento ao recurso. O Conselheiro Lucas Issa Halah acompanhou o relator pelas conclusões na parte que trata da glosa do ágio. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy José Gomes de Albuquerque, José Eduardo Genero Serra, Alexandre Evaristo Pinto, Lucas Issa Halah e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário manejado em face do acórdão da DRJ que julgou procedentes os lançamentos de IRPJ e CSLL, decorrentes da glosa de despesa supostamente indedutível.

A despesa em questão refere-se à amortização de ágio interno, noticiado pela autoridade fiscal como “*gerado dentro do mesmo conglomerado empresarial, bem assim oriundo de fundo de comércio e intangíveis*”.

Houve a imposição de multa isolada – por insuficiência de recolhimento de estimativas –, bem como de multa de ofício no patamar base de 75%. Juros de mora aplicados com emprego da taxa Selic.

Os fatos geradores referem-se aos anos-calendário 2008 a 2010.

O enquadramento legal é o que consta dos autos de infração.

Houve, ainda, lançamento de IRPJ e contribuições decorrentes, por omissão de rendimentos e de receitas postergadas, oriundas de venda de títulos Cetip. Contudo, a recorrente, ainda no prazo impugnatório, se conformou com o feito. A matéria, por conseguinte, restou incontroversa e, assim, fora da lide.

Para a síntese da questão controvertida, é oportuno apresentar os principais aspectos acusatórios, como constam do termo de verificação fiscal (TVF), de fls. 2.486 e ss:

Procedimento fiscal iniciado em 08 de fevereiro de 2012 com objetivo de se averiguar, dentre outros assuntos, a regularidade fiscal da dedutibilidade das despesas declaradas em DIPJ 2009, ano-calendário 2008, sob a rubrica "Encargos de Depreciação e Amortização", linha 22, ficha 05B, no valor de R\$3.063.537,91.

A rubrica está composta primordialmente pela conta COSIF: 8.1.8.10.00.003 - Amortização — Ágio SAMI — R\$2.893.904,64, valor anual referente aos 12 registros de despesas mensais de R\$241.158,72. O início da amortização do ágio se deu em dezembro de 2000 com término em novembro de 2010, o equivalente a 120 parcelas.
(...)

(...)

A Nota Explicativa das Demonstrações Financeiras de 31/12/2008 da contribuinte SAMI DTVM, abaixo transcrita, descreve resumidamente o aparecimento do ágio:

(a) Em 28 de julho de 2000 a Companhia adquiriu, de empresa do mesmo grupo econômico, a participação de 100% na Sul América Investimentos S.A., administradora de fundos de investimento, pelo montante de 12,532.063, com base em laudo de avaliação a valor de mercado efetuado por peritos independentes. Em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 30 de novembro de 2000, a Companhia incorporou a Sul América Investimentos S.A. O ágio na aquisição do referido investimento, no montante de R\$28.939, foi reclassificado para o ativo diferido e está sendo amortizado em dez anos, a partir

da incorporação, em razão da expectativa de lucratividade futura das respectivas operações incorporadas. Essa lucratividade encontra-se suportada em orçamento da Companhia, devidamente aprovado pela sua Administração. Até 30 de junho de 2008, a amortização acumulada é de R\$21.946.

Em atendimento à Intimação Fiscal 0001 a fiscalizada detalha mais as reorganizações societárias envolvidas no aparecimento do ágio:

"Por oportuno, esclarecemos que o ágio, no valor de R\$ 28.939.046,52, foi originalmente apurado pela SULADIS DTVM S/A (SULADIS), com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, ao adquirir da Páteo Participação e Consultoria em Com. Exterior (PATEO), em 28.07.2000, 191.629 ações da Sul América Investimentos S/A (antiga SAMI), por R\$32.062.588,53, pagos naquela data em moeda corrente, nos termos do Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações (doc. 06) e da nota explicativa n.º 8 das demonstrações financeiras da adquirente levantadas em 31.12.2000 (doc. 07).

Na mesma data, a PATEO também vendeu à Satma Seguros Terrestres Marítimos S/A (SATMA), empresa líder do braço segurador do Conglomerado, sua participação na Sul América Administração e Participações Ltda. (SULADPAR), conforme alteração do seu contrato social (doc. 08), sendo a SULADPAR controladora da SULADIS.

Em 30.11.2000, a SULADIS incorporou sua controlada (antiga SAMI), passando a se denominar Sul América Investimentos Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (nova SAMI) (vide Ata da Assembléia Extraordinária da SULADIS datada de 30.11.2000 — doc. 09, Protocolo de Incorporação e Justificação e Laudo de Avaliação do Patrimônio Líquido — doc.10), o que motivou registrar o ágio apurado na forma acima nas contas 8.1.8.10.00.003-7 e 8.1.8.10.003-0, do diferido.

Diga-se por oportuno, de acordo com correspondência encaminhada ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil em 14.08.2000 (doc.11), a referida reorganização societária teve como objetivo reunir sob controle da SATMA, à época empresa líder do braço segurador do Conglomerado Sul América, as pessoas jurídicas que tinham por objeto social a administração de recursos, isto é, a SULADIS, administração de fundos de renda fixa e a SAMI, administração de fundos de renda variável, aproveitando, dessa forma, o potencial de captação de recursos existentes no segmento segurador, inclusive os que suportam as reservas técnicas das seguradoras.

Em conseqüência, formaram-se no Conglomerado Sul América dois blocos distintos sob o controle comum da holding Sulasa Participações S/A (SULASA): o primeiro liderado pela Sul América S/A (SASA), controladora da SATMA, que, por sua vez, controlava as companhias seguradoras e administradoras de recursos das seguradoras e de terceiros, e o segundo liderado pela SASPAR Participações S/A (SASPAR), controladora da Sul América Capitalização S/A (SULACAP) e do agora extinto Banco Sul América S/A."

(...)

Conforme Notas Explicativas das Demonstrações Financeiras da SAMI, de 31/12/1999, arquivado na JUCESP, temos, na nota n.º 1 — CONTEXTO OPERACIONAL, que a Sul América Investimentos S.A, anteriormente denominada Sul América Gestão de Ativos S.A, foi adquirida pela PATEO em outubro de 1996, tendo como objetivo a administração de recursos de terceiros, prestação de serviços de consultoria e assessoria financeira e serviços relacionados com o mercado de capitais. Na nota n.º 7 — ADMINISTRAÇÃO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO, consta que a Sociedade é

administradora de fundos de investimento cujos patrimônios líquidos totalizavam R\$173.073 milhões em 31 de dezembro de 1999.

Para comprovação do ágio, a contribuinte apresentou no atendimento à Intimação Fiscal 0002 um Laudo de Avaliação a Valor de Mercado elaborado pela empresa ACAL Consultoria e Auditoria S/C, emitido em 07 de julho de 2000 com data base de 31 de maio de 2000. (...)

(...)

(...) vemos que o laudo trata da avaliação de um fundo de comércio e de intangíveis, de um conjunto de negócios, de uma carteira de clientes diretamente vinculada ao fundo de investimento. Houve a transferência da administração dos fundos de investimentos da SAMI para SULADIS, mas os fundos continuaram a ser distribuídos pela SULADIS, e as atividades permaneceram no mesmo local, e com os mesmos elementos físicos, que foram decisivos na formação dessa clientela. A mudança de denominação do administrador dos fundos de SAMI para SAMI DTVM, não afetou a relação com os clientes. Tudo continuava ali onde sempre esteve e onde a clientela estava habituada a transacionar, uma vez que as duas empresas, incorporadora e incorporada, situavam, antes e após a incorporação, no mesmo endereço: Rua Pedro Avancine, n.º 73, 1.º andar, Morumbi, São Paulo. Tal fato, além de outros já mencionados anteriormente, configura que na realidade avaliou-se um fundo de comércio, visto que as empresas SULADIS e SAMI não tinham existência autônoma. A PÁTEO, inclusive, na data da venda, também funcionava no mesmo local.

(...)

Assim, esta fiscalização entende que não foram preenchidas as condições impostas pelo legislador para deduzir os encargos de amortização do ágio em comento, para efeito de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme o disposto nos artigos 7.º e 8.º, da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no art.20, do Decreto-lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que se encontram reproduzidos nos artigos 385 e 386, do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

(...)

Os valores de 2008 e 2009 alterados através do PAF 16327-720.801/2013-75, procedimento fiscal de lançamento de apuração do ganho de capital na desmutualização CETIP, onde foram apuradas multa isolada, omissão de ganho e receita postergada, serviram de base para o lançamento no auto de infração, por conta das alterações de compensações e de bases de cálculo. Então, nas informações complementares do auto de infração, foram informados tais valores ao invés dos declarados pelo contribuinte originariamente em DIRI.

De outro bordo, a defesa afirmou, em síntese, que o ágio em questão é válido e legítimo, pois: (i) teria havido propósito comercial na incorporação; (ii) o propósito de reestruturar negócios de maneira legítima, mesmo que para atenuar carga tributária, não configura infração à legislação; (iii) a legislação não veda a amortização do ágio interno, nem subordina o seu registro e a sua dedutibilidade ao pagamento; (iv) é nulo o lançamento que impugna laudo de avaliação sem objetivamente apontar falsidade ou inexatidão no documento; (v) o ágio em questão decorre de rentabilidade futura.

A recorrente prosseguiu seus protestos, agora concernentes às penalidades, insurgindo-se contra: (vi) a concomitância entre as multas de ofício e isolada; (vii) a recomposição das bases de cálculo das multas isoladas para refletir os lançamentos autuados, e regularmente impugnados, nos PAF n.º 16327.720801/2013-75 e 16327.721.270/2013-38.

A Turma julgadora de primeira instância julgou improcedente a impugnação, conforme decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

PROVA INDICIÁRIA.

O material probante que serviu de base para as conclusões firmadas no encerramento do procedimento de fiscalização são norteadoras para a resolução da controvérsia na esfera administrativa.

Neste sentido, a prova indiciária construída a partir de um encadeamento lógico e coerente de um conjunto de evidências e de seus sinais convergentes admissíveis de um juízo cognitivo, constitui-se em meio de prova de natureza indireta para tipificação de prática infracional estipulada na norma de incidência determinante de uma consequência jurídica e a correspondente sanção aplicável.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA

A admissibilidade de nulidade da autuação fiscal promove-se em relação aos atos e termos lavrados por agente incompetente, consoante taxativamente enumerados no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

A observância plena dos requisitos necessários à lavratura do lançamento norteado pela execução do procedimento de fiscalização, nos termos do art. 10 da referida norma processual tributária, evidencia a pertinência formal da autuação fiscal.

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA E SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. ÁGIO TRANSFERIDO MEDIANTE NEGÓCIO INTRAGRUPO POR MEIO DE MECANISMO DE NATUREZA ARTIFICIAL.

A outorga da dedutibilidade da amortização do ágio de operação de incorporação inserida em um contexto de operações estruturadas e coordenadas em sequência no âmbito de reestruturação societária demanda que as transações estejam regularmente amparadas em atos empresariais não atingidos por manobras artificiais ou vícios sociais albergados por práticas abusivas entre companhias participantes do mesmo grupo societário.

Demonstrada a irregularidade do arranjo societário ante a ausência de propósito comercial e da artificialidade de transações engendradas por meio de negócios intragrupo, torna imperativo a decretação da ineficácia para fins tributários das transações norteadoras dos processos de incorporação entre partes relacionadas levadas a efeito forçosamente em sequência e desprovidos de qualquer propósito comercial.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO MEDIANTE NEGÓCIO INTRAGRUPO. LAUDO DE AVALIAÇÃO. PERDA DE EFICÁCIA PARA FINS DE VALIDAÇÃO DA DESPESA DE AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. NEGÓCIOS JURÍDICOS PRODUZIDO PARA FINS DE GERAÇÃO DE UM SOBREPREGO ARTIFICIAL. DA MOTIVAÇÃO IMPRÓPRIA DO SOBREPREGO. INDEDUTIBILIDADE.

De acordo com os termos da legislação de regência, a dedutibilidade da amortização de ágio proveniente de aquisição de negócio empresarial mediante operação de incorporação demanda a plena observância dos seguintes requisitos essenciais: (i) a realização de operações entre partes não relacionadas e independentes; (ii) a prova do efetivo fluxo financeiro que evidencie o pagamento do custo aquisição celebrado entre as partes negociantes (incluindo-se o montante do ágio), bem assim a demonstração de

que o adquirente, positivamente, suportou o ônus decorrente da transação; (iii) comprovação do respectivo fundamento econômico do ágio gerado na operação societária que norteou a deliberação em assembleia do corpo diretivo do conglomerado, respeitada as hipóteses prescritas na legislação de regência.

Outrossim, a interpretação sistemática das normas aplicáveis mostra ser compulsório que a prova de demonstração do fundamento do ágio designe a representação fidedigna da negociação empresarial e seja contemporânea às efetivas razões da tomada de decisão pelo adquirente para celebração da relação contratual pelo preço estabelecido.

Prevalece na estrutura de princípios fundamentais das normas de contabilidade o princípio da primazia da essência sobre a forma, razão pela qual irrelevante a condução aos autos de laudo de avaliação que se revele dissonante da concreta motivação e do efetivo nexo de causalidade da transação vinculada à relação jurídica instituída.

Evidenciado que o bojo das transações das companhias advém de centralização decisória da cúpula diretiva do conglomerado, não se viabiliza reconhecer a pertinência da mais valia aferida no investimento societário, porquanto resultante de processo imparcial de precificação, desprovido de negociação em ambiente de livre mercado e independência entre as partes contratantes.

As operações de arranjo societário entre companhias integrantes do mesmo grupo econômico cuja indução das transações revela-se tendente à criação de um ágio artificial destinado à redução imprópria da base imponível do imposto de renda, bem assim a obtenção vantagem tributária indevida desamparada de propósito negocial, são circunstâncias bastantes para determinar a perda da eficácia do sobrepreço avaliado e ratificar a negativa de dedutibilidade das parcelas de amortização de ágio computadas no resultado fiscal do impugnante.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

CSLL. VINCULAÇÃO AO LANÇAMENTO PRINCIPAL.

Aplicam-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento principal (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos jurídicos ou elementos probatórios a ensejar conclusões com atributos distintos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CABIMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO PERÍODO. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL.

Nos casos de lançamento de ofício, é aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixou de ser recolhido, mesmo após o encerramento do exercício, e ainda que seja apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa para a CSLL no ano-calendário correspondente.

A hipótese normativa de imputação da multa isolada não se confunde com a motivação determinante de aplicação da multa de ofício, pois aquela é cabível defronte a constatação da falta de pagamento da importância devida da estimativa mensal de IRPJ e da CSLL aferida com base nos ditames do regime de apuração do lucro real anual. Tratam-se de infrações distintas e autônomas, razão pela qual ambas as sanções são passíveis atribuição concomitante em face do sujeito passivo.

PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. SOBRESTAMENTO DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com as processuais de natureza tributária, não há previsão legal que ampare a obstrução do lícito impulso oficial do processo administrativo.

Neste sentido, configura-se imprópria a pretensão que requer o sobrestamento de julgamento dos presentes autos para que se aguarde a definitividade de decisão de processo que versa sobre litígio distinto.

DESISTÊNCIA. PAGAMENTO DE DÉBITOS. RENÚNCIA EXPRESSA OU TÁCITA DA FASE CONTENCIOSA. EXERCÍCIO DE ATO INCOMPATÍVEL. PRECLUSÃO LÓGICA.

No caso de desistência expressa ou tácita proveniente de pagamento da tributação decorrente de fração das infrações tributárias norteadas na autuação fiscal, acarreta a renúncia ao direito de prosseguimento na fase contenciosa do procedimento, inclusive de seus efeitos decorrentes.

O exercício voluntário de atos processuais incompatíveis à apresentação da peça impugnatória firmada em oposição à autuação fiscal, importa na caracterização da preclusão lógica da demanda.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão de primeira instância em 04/07/2019 (fls. 2.769), a recorrente interpôs, no dia 02 do mês seguinte (fls. 2.770), o recurso voluntário de fls. 2.772 e ss, por meio do qual, em síntese, reitera as alegações deduzidas perante a primeira instância de julgamento. Além disso, enfatizou o argumento de defesa segundo o qual o ágio em questão fora pago.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Genero Serra, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade. Logo, dele conheço.

Da lide

Do que consta dos autos, a cronologia incontroversa dos fatos pode ser sintetizada do seguinte modo:

PERÍODO	EVENTO
MAIO 2000	<ul style="list-style-type: none">No dia 26, a Páteo Participação e Consultoria e Com. Exterior Ltda (<u>PÁTEO</u>) adquiriu do <u>Banco Sul América S/A</u> – também seu controlador, com 99,99% das

	<p>suas quotas de capital – 100% das 240.000 ações da recorrente – então denominada Sul América Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. (<u>SULADIS</u>) – pelo valor de R\$ 2.312.806,80.</p>
JULHO 2000	<ul style="list-style-type: none"> • A <u>PÁTEO</u> adquire a Sul América Administração e Participações Ltda (referida nos autos como <u>SULADPAR</u> ou <u>SAAP</u>) pelo valor patrimonial, igual a R\$ 500,00. • No dia 19, a Sul América Investimentos S.A. (<u>SAMI</u>) efetuou redução de capital, revertendo R\$ 5.300.000,00 para a <u>PÁTEO</u>, sua acionista controladora com 99,99% das suas ações. • No dia 20, a <u>PÁTEO</u> aumenta o capital social da <u>SULADIS</u> no valor de R\$32.000.000,00, mediante subscrição de 5.315.615 novas ações. • No dia 28, a <u>PÁTEO</u> aliena à <u>SULADIS</u> 191.629 ações da <u>SAMI</u>, pelo valor de R\$32.062.588,51. Houve ágio de R\$28.939.046,52, montante um pouco inferior ao constante do laudo de avaliação, que informa um "goodwill a valor presente" de R\$31.893.000,00. • Ainda no dia 28, <u>PÁTEO</u> eleva o capital social da <u>SULADPAR</u> de R\$500,00 para R\$33.444.660,00, mediante conferência de 240.000 ações da <u>SULADIS</u>, com emissão de 33.444.160 novas quotas, subscritas e integralizadas pela <u>PÁTEO</u>. • Também no dia 28, a <u>PÁTEO</u> vende à Sul América Participações S.A. (<u>SATMA</u>) 33.444.659 quotas da <u>SULADPAR</u> – correspondente à integralidade de sua participação na sociedade (99,99%) – pelo valor de R\$33.444.659,98.
NOVEMBRO 2000	<ul style="list-style-type: none"> • No dia 30, a <u>SULADIS</u> incorpora – com base no valor patrimonial de R\$3.130.627,00 – a <u>SAMI</u>. • No mesmo dia 30, a <u>SULADIS</u> passa a ter nova denominação: Sul América Investimentos DTVM SA (<u>SAMI DTVM</u>).

A partir de tais fatos, entendeu a autoridade fiscal pela indedutibilidade do ágio pago pela recorrente (então SULADIS, atual SAMI DTVM) à PÁTEO pela aquisição da SAMI, no valor de R\$ 28.939.046,52, ante as seguintes razões:

1. Tratar-se de “*ágio interno, surgido após uma reorganização societária sem propósito negocial, sem motivação extra-tributária, que culminou com a geração de um ágio, que teve como único objetivo conduzir a um menor pagamento de imposto na SAMI DTVM*”.
2. Tratar-se de “*ágio não fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, mas de ágio proveniente de valor de mercado de fundo de comércio e outros intangíveis, valorado através de fluxo de caixa descontado, não sendo sujeito à amortização para fins fiscais*”.

Em sua defesa, a recorrente alega que houve propósito negocial. Nesse sentido, disse:

- que “o Conglomerado Sul América era e é formado por companhias seguradoras dedicadas aos diferentes ramos de seguro (...), bem como por instituições financeiras e equiparadas, como o Banco Sul América, a Sul América Capitalização S.A., a SAMI e a RECORRENTE”;
- que “a SAMI tinha por objeto social administrar e gerir fundos de renda variável, ao passo que a RECORRENTE administrava e geria fundos de renda fixa”;
- que “o Conglomerado Sul América cogitava admitir parceiro estrangeiro nos negócios de seguros e de administração de fundos de renda fixa e variável para solidificar e ampliar sua posição de mercado, o que veio a se concretizar no ano de 2002, com a aquisição, pela ING Insurance International B.V. (...), pessoa jurídica domiciliada nos Países Baixos (Holanda)”;
- que “a estrutura do Conglomerado Sul América, todavia, inviabilizava a realização desses objetivos estratégicos, sendo indispensável, então, preliminarmente, reorganiza-la e, por óbvio, simplificá-la, inclusive por questão de economia e obtenção de sinergia”;
- que “era de toda conveniência reunir a administração e a gestão de recursos em aplicações de renda fixa e variável em uma única companhia, que já estivesse avaliada a preço de mercado, e submetê-la ao controle do segmento do Conglomerado especializado em seguro, o que a lógica recomendava fosse a SATMA, por tratar-se da empresa líder do ramo segurador na ocasião”.

Aduziu, a recorrente, ainda, que reestruturar seus negócios para atenuar a carga tributária não configura infração à lei, afirmando:

- que “denominar de ‘manobras irregulares’ operações autorizadas pelo Banco Central do Brasil, autarquia competente para analisar seus aspectos legais e aprová-las, ou vedá-las, é mais um absurdo que se agrega à plêiade de equívocos que enodoam incontornavelmente as pretensões fiscais”;
- que “mesmo que os procedimentos adotados pela RECORRENTE propiciem economia fiscal, essa consequência não ofende a legislação tributária”.

A defesa adicionou que a legislação vigente na ocasião permitia a amortização do ágio interno, dizendo:

- que “a circunstância de a lei fiscal prescrever critérios ou procedimentos contábeis diferentes dos adotados pela legislação societária não deve causar perplexidade à autoridade administrativa, nem justifica sua pretensão de fazer com que esta anule aquela para fins fiscais”;

- que “*como deles [artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/97] não consta vedação ao ágio apurado nas compras e vendas de investimentos entre empresas de um mesmo conglomerado econômico, vedação que, como cediço, só veio a ocorrer a partir de 2015, por força do disposto no artigo 22 da Lei n.º 12.973/2014), os lançamentos de ofício carecem de base legal*”.

A recorrente também afirmou que o ágio em questão fora pago. Nesse sentido, consignou:

- que “*afirma, ademais, o autor do feito, não ter havido comprovação do pagamento do ágio em questão, condição indispensável à dedutibilidade da sua amortização na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL, como prescreveriam o inciso III do artigo artigo 7º e o artigo 8º da Lei n.º 9.532 de 1997. Acontece que, (...), esses dispositivos legais não contém semelhante prescrição, o que torna ilegais os lançamentos de ofício ora guerreados*”;
- que “*os valores correspondentes a tais operações [foram] devidamente escriturados pela adquirente a crédito da conta 1.1.2.80.00.001, representativa da conta sua mantida no Banco Sul América S.A e, pela PÁTEO, a débito da conta 1.1.2.80.00.002, representativa de sua conta mantida na mesma instituição financeira, conforme lançamentos contábeis efetuados por ambas no livro Razão (doc. 3 da impugnação), não podendo agora serem questionados os registros de pagamentos delas constantes e constantes desses documentos*”;
- que “*embora não tenha localizado até o momento outros elementos para comprovar o efetivo pagamento, o que se justifica pelo fato de já terem decorridos mais de 19 anos da realização da operação, os documentos apresentados eram suficientes para comprovar o pagamento do custo de aquisição das ações da SAMI pela RECORRENTE*”.

Por fim, quanto à questão principal do p.p. – a dedutibilidade do ágio –, a recorrente afirma ser nulo o lançamento que, sem apontar objetivamente erros e inexatidões, afasta as informações e conclusões contidas em laudo de avaliação apresentado pelo contribuinte. Nesse contexto, afirmou que o ágio em tela decorreu de expectativa de rentabilidade futura e disse:

- que “*a lei [§§ 2º e 3º do artigo 385 do RIR/99] nem mesmo exige um laudo, dando como satisfatório para tanto uma mera demonstração, que poderá ser da lavra do próprio contribuinte, dos critérios que considerou para atribuir a diferença entre o valor de patrimônio líquido do investimento e o valor de aquisição do investimento à expectativa que ele tem dos resultados que a sociedade investida auferirá no futuro*”;
- que “*RECORRENTE foi ainda mais conservadora e, em lugar de produzir com os técnicos do seu quadro de empregados um demonstrativo desses cálculos, contratou para fazê-los pessoa jurídica independente (ACAL), que o elaborou com isenção sob a forma de laudo técnico*”;

- que “*ao negar a realidade (já que aquele valor de ágio foi pago com base na expectativa de rentabilidade futura da empresa cujas ações foram adquiridas) para basear os lançamentos de ofício em repúdio a laudo de avaliação executado segundo os critérios exigidos pelo artigo 8º da Lei nº 6.404/76, sem, todavia, assinalar objetivamente inexatidão ou falsidade material ou ideológica de que ele padece, o autuante agrediu flagrantemente as garantias outorgadas à RECORRENTE pelo artigo 845 do RIR/99 e pelos artigos 2º e 50 da Lei n.º 9.784/99, maculando aqueles atos administrativos com o vício da nulidade*”;
- que “*o laudo elaborado pela ACAL, no entanto, não deixa espaço para questionamento quando demonstra que a avaliação foi realizada pela rentabilidade futura do negócio, como sobressai dos seguintes excertos: ‘As dificuldades para aplicação de procedimentos clássico de avaliação neste trabalho estão diretamente relacionados com as peculiaridades envolvidas em uma avaliação de expectativa de rentabilidade. (...)’*”;
- que “*para esclarecer como projetou a rentabilidade futura, o laudo apontou como fatores a análise dos direitos, dos contratos, do pessoal técnico capacitado, da carteira de clientes e do desenvolvimento da tecnologia, entre incontáveis fatores, além, evidentemente, como ocorre em toda avaliação, eventuais componentes do fundo de comércio. Isso não significa, como é flagrante, que a avaliação tenha se baseado exclusiva ou predominantemente nos elementos que integram o fundo de comércio da companhia avaliada*”.

De fora a parte as alegações afetas à questão principal, a recorrente insurgiu-se sobre aspectos das multas lançadas, na forma já referida no relatório.

Dos paradigmas jurisprudenciais e doutrinários

Inicialmente, perante a farta jurisprudência colacionada pelas partes, deve ser esclarecido que decisões judiciais e administrativas não atinentes ao caso concreto, eventualmente apresentadas nos autos como paradigmas jurisprudenciais, embora constituam importante fonte de pesquisa, são, antes, atos jurídicos que produzem efeitos interpartes.

Por conseguinte, jurisprudência - excetuada a de caráter vinculante - e doutrina não vinculam esta instância julgadora, conforme a dicção do artigo 506 do CPC. Destarte, não podem ser amplificados genericamente a outros casos, não tendo eficácia erga omnes e não constituindo legislação tributária, à luz do CTN, artigos 96 e 100.

Sendo assim, este ou aquele posicionamento jurisdicional não pode ser estendido aos demais contribuintes não integrantes do processo judicial ou administrativo apenas por estarem corporificados numa decisão anterior ao caso ora em análise.

De igual modo, cabe esclarecer que mesmo a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à

legalidade. Sendo assim, posicionamentos doutrinários revelam-se úteis ao debate processual, mas não é vinculante para a autoridade julgadora.

As Turmas de julgamento do CARF vinculam-se ao seguinte: (i) leis, decretos, tratados e acordos internacionais, exceto quando alcançados pelas hipóteses elencadas no § 1º do artigo 62 do RICARF; (ii) decisões judiciais definitivas de mérito, proferidas em sede de recursos extraordinários e especiais repetitivos (RICARF, artigo 62, § 2º); (iii) resoluções do colegiado pleno da CSRF (RICARF, artigo 76, § 3º); (iv) súmulas do CARF (RICARF, artigo 72); (v) súmulas vinculantes do STF (CF, artigo 103-A).

Da nulidade do lançamento. Inocorrência

Como visto, a recorrente argui a nulidade do lançamento, insurgindo-se contra o que considerou ter sido, por parte da autoridade fiscal, uma impugnação do laudo de avaliação sem que houvesse sido objetivamente apontado *“qualquer erro, falsidade ou inexactidão no documento, nas informações e nas conclusões nele contidas”*.

Ocorre que eventual divergência da autoridade autuante acerca do teor do sobredito laudo não é questão apta a contaminar o lançamento com nulidade. Trata-se de aspecto material conformador da exigência fiscal e que, por tal natureza, desafia o mérito do objeto discutido no presente processo.

Ademais, observa-se que os autos de infração impugnados foram lavrados por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação, e com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária. A autuação resultou de procedimento fiscal conduzido por Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, regularmente identificado em todos esses atos.

Efetivamente, verifica-se que as peças de acusação contêm a descrição dos fatos e a determinação da exigência, instruídos com a documentação que a autoridade autuante entendeu ser elemento de prova suficiente à comprovação do ilícito.

Igualmente presente está o enquadramento legal que o auditor entendeu afeto ao caso, razão pela qual não há que se cogitar que o lançamento padeça de vício de motivação. Verifica-se, ainda, que a argumentação desenvolvida pela interessada na peça recursal permite concluir que o motivo da autuação e a metodologia de apuração dos valores tributáveis foram por ela suficientemente compreendidos, tanto que contestados, tendo ela enfrentado as questões de fato e de direito envolvidas na lide na extensão que desejou fazê-lo, o que mostra ter tido pleno e perfeito conhecimento das infrações a ela imputadas.

Logo, tampouco haveria que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois o contraditório foi regularmente instaurado, tendo em vista que a autuada se defendeu amplamente em seu arrazoado, fazendo constar as razões retóricas que entendeu ampará-la, demonstrando exata compreensão do feito.

Destarte, descabe a alegação de nulidade quando não existem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais previstos na legislação tributária, como na presente autuação.

Ainda que assim não fosse, o suposto vício na “*impugnação do laudo*”, como registrado acima, não é situação a desafiar a nulidade do lançamento hostilizado, sobretudo diante da observação de que tal conduta da autoridade fiscal consistiu em simples contraditar de elemento material trazido aos autos pelo sujeito passivo. A partir de tal ponto, foi facultado à recorrente instaurar a fase processual do feito e, com isso, livremente insurgir-se contra a fala fiscal.

Assim, inócuentes, no caso em tela, as hipóteses elencadas no artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72 (“*Art. 59. São nulos: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. (...)*”).

E por restar patente a observância do princípio da legalidade no lançamento recorrido, prolatado com respeito ao ordenamento afeto ao tema, inclusive o artigo 142 do CTN, julgo improcedente o pedido de decretação de nulidade do feito fiscal.

Do mérito

O ágio surge na aquisição de investimento empresarial baseado na expectativa de rentabilidade, correspondendo à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida.

Não por acaso, assinala Sérgio de Iudícibus (*in*: Manual de Contabilidade. S. Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.180): “*o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial*”. Prosseguindo, o autor alerta que “*a CVM determina que o ágio ou o deságio apurado na aquisição ou subscrição de investimentos seja contabilizado com indicação do fundamento econômico (Instrução n.º 247/96, art. 14)*”.

Do conceito acima descrito, destaca-se que os pressupostos do ágio são a aquisição de participação societária e a existência de fundamento econômico.

Na legislação tributária, o ágio em investimentos está disposto no artigo 20 do Decreto-Lei n.º 1.598/77. Em síntese, o comando legal determina que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada deverá, por ocasião da aquisição, desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio ou deságio na aquisição do investimento. Por seu turno, o lançamento do ágio ou deságio deve indicar o fundamento econômico. Vejamos a redação vigente à época dos fatos do aludido diploma normativo:

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 n.º 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. (grifei)

O ágio decorrente de negociações societárias deve obedecer a determinadas diretrizes estabelecidas pela Lei n.º 9.532/97. O referido regramento legal surgiu justamente com o objetivo de estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, e também de forma a coibir alguns abusos, os quais eram cometidos sob a denominação de planejamento tributário. O legislador definiu os contornos das situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL como consta do parágrafo 11 da Exposição de Motivos n.º 644/MF, relacionada à Medida Provisória n.º 1.602, que por sua vez foi convertida (com alterações) na Lei n.º 9.532/97:

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

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

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

A Lei n.º 9.532/97 passou a estabelecer as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzi-los na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSLL. Os artigos 7º e 8º disciplinam tal tratamento tributário:

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;

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 subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Até o advento dessas normas carreadas na Lei n.º 9.532/97, as amortizações contabilmente efetuadas relativamente ao ágio deveriam ser adicionadas ao lucro líquido para a apuração do lucro real, conforme determinava o artigo 25 do já aludido Decreto-lei n.º 1.598/77.

Somente no momento da alienação ou da baixa da participação societária adquirida é que, com o reconhecimento do ágio como custo do investimento para apuração de ganho ou perda de capital, tal parcela operava efeitos tributários.

Até então, o aproveitamento tributário do ágio na incorporação da sociedade adquirida como investimento era, por construção jurídica, vista como alienação ao próprio investidor. Evidentemente que tal mecanismo, sem fundamento legal que lhe balizasse, dava azo aos abusos comentados na exposição de motivos acima reproduzida. Do mesmo modo, a insegurança jurídica do tema era um fator desmotivador para investimentos privados no contexto do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/90.

Dentre os objetivos fundamentais do PND estavam a alienação de empresas estatais (Lei nº 8.031/90, “*Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*”) pelo máximo valor possível e, com isso, aumentar o estoque de capital (“*II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;*”), sobretudo considerando que a receita pública originária – decorrente da alienação de patrimônio - é imune à tributação da renda (CF, “*Art. 150. (...), é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*”).

Nesse contexto é que se fez necessária a edição da Lei nº 9.532/97. Seu artigo 7º, já reproduzido acima, positivou a incorporação como realização do investimento (aquisição da participação societária anterior), concedendo, mais que segurança jurídica, verdadeiro incentivo tributário às sociedades privadas dispostas a adquirir (e incorporar) estatais por preço que abarcasse a expectativa de rentabilidade futura (goodwill).

Não obstante, era sabido que as sociedades mais propensas a aportar capital nas privatizações de empresas estatais, seriam holdings puras – sociedades cujo objeto principal não é a realização de atividade empresária, mas o investimento em sociedades economicamente operantes. Exatamente por tal traço característico, tais sociedades adquirentes não se beneficiariam da amortização do ágio, afinal seus resultados contábeis advêm, pelo método da equivalência patrimonial, do resultado das sociedades investidas.

Assim, exceto se a adquirente fosse uma holding mista – aquela que detém participação societária noutras empresas, mas também realiza atividade econômica –, não haveria base de cálculo (lucro real ou base de CSLL) da qual se pudesse deduzir a amortização do ágio como despesa. Daí foi preciso permitir tal dedução por parte da empresa adquirida, como forma de o favor fiscal chegar (pela via da equivalência patrimonial) à sociedade investidora. Isso se fez com a edição do artigo 8º, transcrito acima.

Com isso, se por um lado a solução legislativa em comento fomentou as privatizações que lhe foram contemporâneas, por outro conferiu apenas relativa segurança jurídica à dedução do ágio amortizado. Isso porque o expresso permissivo do artigo 7º para os casos de incorporação, quando estendido para a situação do artigo 8º - que se convencionou chamar de “incorporação reversa” ou “incorporação às avessas” – pavimentou o caminho para a via do abuso de direito.

Explica-se: para que houvesse o aproveitamento indevido do ágio bastaria que, cumprindo todas as formalidades necessárias, (i) uma empresa lucrativa e com valor de patrimônio líquido defasado (PJ "A") fosse adquirida por seu valor de mercado (portanto, com ágio) por uma empresa veículo (PJ "B"), subsidiária integral de uma holding (PJ "C"). Posteriormente, (ii) "A" incorpora "B" e (iii) as cotas ou ações de "A" são utilizadas (pelo valor de mercado) para a integralização de capital em "B".

Com isso, "A" fica formalmente autorizada a deduzir o ágio de si mesmo. Não bastasse, por força do artigo 36 da Lei nº 10.637/02 - até o advento da Lei nº 11.196/05, que revogou tal dispositivo - "C" (que passou de uma participação de valor "X" em "B" para um valor "X+ágio" em "A") poderia diferir a tributação com o ganho de capital auferido na operação.

E assim chegamos ao ponto em que a utilização tributária de ágio obtido em operações societárias precisou ser foco de constante atenção do Fisco, mormente em casos como o presente, em que há investidores alheios aos propósitos societários fornecendo recursos para que a adquirente incorpore a sociedade investida.

Os artigos 385 e 386 do Decreto nº 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) em voga na ocasião, consolidando os dispositivos legais citados anteriormente, fixaram o tratamento tributário do ágio ou do deságio nos casos de incorporação, fusão ou cisão:

Desdobramento do Custo de Aquisição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

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

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

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

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

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

(...)

§ 6º **O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando** (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - **a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.**

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11). (grifei)

Assim, restam legalmente demonstrados os requisitos para a dedutibilidade do ágio amortizado referido como doutrinariamente apontados, na abertura deste capítulo: (i) a efetiva aquisição de participação societária, com posterior incorporação/fusão/cisão; e (ii) a existência de fundamento econômico que seja a expressão do “*valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros*”.

Pois bem.

Feita a contextualização da lide e expostos os requisitos à dedutibilidade do ágio, é preciso verificar se tais requisitos estão ou não presentes no caso em tela.

Ainda que a incorporação da SAMI pela recorrente (então SULADIS) tenha formalmente ocorrido em 30/11/2000, identifica-se mácula na etapa anterior da geração do ágio, qual seja, a “*efetiva aquisição da participação societária*”.

Nem mesmo com pleno recurso à polissemia do vernáculo pátrio se pode deixar de admitir que, ao referir à possibilidade de amortização do ágio oriundo de participação societária adquirida (“*Art. 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude*

*de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária **adquirida** com ágio (...) III - poderá amortizar o valor do ágio (...)*” (grifei)), a Lei nº 9.532/97 impôs a necessidade de efetivo dispêndio para que se considere efetivamente sorvido o patrimônio societário incorporado.

Não por acaso, o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, citado em continuação do inciso III acima parcialmente reproduzido determina o desdobramento do custo de aquisição (“*Art. 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o **custo de aquisição** em: (...) II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.*” (grifei)).

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

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

De tal modo, a “*efetiva aquisição da participação societária*” só se perfaz quando, efetivamente, o adquirente incorre no correspondente custo, vale dizer, com o pagamento do preço total. Não é isso, contudo, o que ocorreu no caso presente.

Improcedente, por conseguinte o argumento de defesa segundo o qual “*esses dispositivos legais [artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97] não contêm semelhante prescrição [exigência de efetivo pagamento pelo ágio que se pretende amortizar], o que torna ilegais os lançamentos de ofício ora guerreados*”.

Em retórica alternativa, a recorrente defende a ocorrência do efetivo pagamento, afirmando que “*os valores correspondentes a tais operações [foram] devidamente escriturados pela adquirente (...) e pela PÁTEO (...), conforme **lançamentos contábeis** efetuados por ambas no livro Razão (...), não podendo agora serem questionados os registros de pagamentos delas constantes e constantes desses documentos*” (grifei).

Prosseguindo no esforço probatório quanto à ocorrência do dispêndio do preço que continha o ágio, a recorrente afirmou que “*embora **não tenha localizado** até o momento **outros elementos para comprovar o efetivo pagamento**, o que se justifica pelo fato de já terem decorridos mais de 19 anos da realização da operação, os documentos apresentados eram suficientes para comprovar o pagamento do custo de aquisição das ações da SAMI pela **RECORRENTE***” (grifei).

Nesse contexto, é oportuno pontuar a imprescindibilidade de o meio de prova escolhido ter lastro em manifestação de terceiros. A força probante de tal veículo advém de ser produzido por quem do seu conteúdo não se aproveita. De tal modo, a apresentação da escrituração contábil, documentação da lavra dos próprios interessados no êxito do arranjo tributário perpetrado, é medida notadamente insuficiente quando desacompanhada de elementos outros, assumidamente não colacionados pela recorrente.

Não é por outro motivo que o Código Civil assim dispõe:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexactidão dos lançamentos. (grifei)

E mais: diferente do afirmado pela recorrente, a ausência de documentos que confirmem o que fora contabilmente escriturado não *“se justifica pelo fato de já terem decorridos mais de 19 anos da realização da operação”*. A uma porque muito menos tempo que isso decorreu entre a geração do ágio e a sua efetiva utilização. A duas porque, para fins tributários, a documentação afeta ao caso é alcançada pelo dever de guarda, enquanto persistir a possibilidade de reflexos patrimoniais – justamente como sói ser em processo tributário em que se discute lançamento de ofício afeto às operações pretensamente documentadas.

Nesse sentido, determina o Regulamento do Imposto de Renda – quer seja em sua versão vigente à época dos fatos ou na redação atual – e o Código Civil:

Lei nº 10.406/02:

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados. (grifei)

Decreto nº 3.000/99:

Art. 264. A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º).

§ 1º **Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração**, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da **comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição** (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único).

§ 3º **Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios** (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37). (grifei)

Decreto nº 9.580/18:

Art. 278. A pessoa jurídica fica obrigada a conservar, em boa guarda, a escrituração, a correspondência e os demais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles

consignados (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 4º ; e Lei nº 10.406, de 2002 - Código Civil, art. 1.194).

§ 1º **Na hipótese de extravio**, deterioração ou destruição de livros, fichas, **documentos ou papéis de interesse da escrituração**, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, no prazo de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, e remeter cópia da **comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil** do Ministério da Fazenda de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, caput).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas somente será providenciada depois de cumprido o disposto no § 1º (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único).

§ 3º **Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios** (Lei nº 9.430, de 1996, art. 37). (grifei)

Isto posto, diante da inocorrência de real pagamento do ágio em questão, a operação em análise não se amolda à efetiva aquisição de participação societária requerida pela lei, para que se possa amortizar o ágio pago. Tal constatação, frise-se, isoladamente já é capaz de afastar a dedutibilidade pretendida pela recorrente.

Houvesse ocorrido o regular pagamento do preço de aquisição com ágio, seria imperioso preciso perquirir a “*existência de fundamento econômico*” na operação. Ainda que não seja esse o caso, é o que se passa a fazer, tão somente para que se proceda a plena análise dos fatos.

Preambularmente à análise do requisito de dedutibilidade acima referido, impõe-se notar que, no caso em tela, o ágio surgiu de operações envolvendo empresas integrantes do mesmo grupo econômico, figura conhecida como “*ágio interno*”.

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

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

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

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

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

Prevalecerá, em situações como a do p.p., o que convier ao grupo econômico. E isso se revela nas próprias palavras da recorrente:

3.1.5. Na ocasião em que se deram os fatos em comento, o Conglomerado Sul América cogitava admitir parceiro estrangeiro nos negócios de seguros e de administração de fundos de renda fixa e variável para solidificar e ampliar sua posição de mercado, o que veio a se concretizar no ano de 2002, com a aquisição, pela ING Insurance International B.V. (doravante referida apenas por “ING”), pessoa jurídica domiciliada nos Países Baixos (Holanda)”.

3.1.6. **A estrutura do Conglomerado Sul América, todavia, inviabilizava a realização desses objetivos estratégicos, sendo indispensável, então, preliminarmente, reorganiza-la** e, por óbvio, simplificá-la, inclusive por questão de economia e obtenção de sinergia.

3.1.7. **Nesse contexto, era de toda conveniência reunir a administração e a gestão de recursos em aplicações de renda fixa e variável em uma única companhia**, que já estivesse avaliada a preço de mercado, e **submetê-la ao controle do segmento do Conglomerado especializado em seguro**, o que a lógica recomendava fosse a SATMA, por tratar-se da empresa líder do ramo segurador na ocasião.

3.1.8. Essa consolidação de atividades visava, pois, aproveitar o potencial de captação de recursos existentes no segmento segurador, inclusive os que suportam as reservas técnicas das seguradoras.

3.1.9. Havia, portanto, propósito negocial na reestruturação societária, e disso o autuante tinha plena consciência, tanto que declarou expressamente no TVF, contrariando a premissa básica em que se escoram os autos de infração:

“Não é alheio a esta fiscalização o interesse do Conglomerado Sul América em juntar as atividades de administração de investimentos de renda variável da SAMI e as atividades da administração de renda fixa da SULADIS em uma única empresa”.

3.1.10. Decorridos, porém, quase 2 anos de uma auditoria ampla e aprofundada sem apuração de qualquer falha da RECORRENTE, achou por bem o autuante, apesar de reconhecer o interesse legítimo na incorporação da SAMI, não encerrar seu trabalho sem resultado e, para alcançar esse fim, construiu a tese acima exposta, inteiramente disparatada.

3.1.11. Diante desses fatos e das circunstâncias que o cercam, comprovado está, de maneira inafastável, o propósito negocial da operação, não havendo como sustentar que a incorporação da SAMI pela RECORRENTE teve como único objetivo reduzir a sua tributação. (grifei)

Como se vê, a própria tese defensiva da existência de um propósito negocial para as operações societárias perpetradas alude ao interesse do “*Conglomerado Sul América*”. Não se vislumbra, em nenhum momento interesses individuais da recorrente (antes SULADIS, atual SAMI DTVM) e da SAMI.

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

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

Os processos de **fusão, incorporação e cisão** normalmente utilizados no Brasil, independentemente de envolverem sociedades sob controle comum, não envolviam, como regra, a utilização de valores de mercado na mensuração dos ativos e passivos da empresa adquirida, mesmo quando ocorria mudança de controle.

(...)

Considerando a essência econômica da operação, em verdade, a mudança na base de avaliação dos ativos e passivos da entidade combinada só se justifica cabalmente quando da alteração do bloco de controle acionário (alteração do controlador), envolvendo arranjos negociados entre partes independentes. Tal constatação é facilmente percebida pela análise de demonstrações contábeis consolidadas. Incorporar, fundir ou cindir formalmente sociedades cujo controle antes e depois da operação permanece com a mesma entidade e não promove alteração nas demonstrações contábeis consolidadas.

Portanto, não deveria, em princípio, ser alterada a base de avaliação do conjunto de ativos líquidos, mesmo que esse conjunto constitua um negócio nos termos da norma e/ou que o percentual de participação tenha sido alterado. **O motivo é simples: antes e depois da operação o conjunto de ativos líquidos continua sob controle da mesma entidade.** (grifei)

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

Assim, é lugar comum que, em negócios jurídicos que produzem ágio interno, o sujeito passivo autuado pela indevida dedução de tal valor propale como propósito negocial seu aquilo que, em verdade, consistiu em interesse imediato do grupo econômico e mediato de suas entidades controladoras. No caso em tela, não foi diferente: a recorrente tenta avocar para si a gança empresarial que era desígnio do Conglomerado Sul América.

No limite, há situações em que o ágio – que nos negócios jurídicos envolvendo partes independentes, é um elemento empresarial periférico, ainda que relevante sob a ótica tributária – gerado em operações entre partes vinculadas é a própria finalidade, o objetivo principal da manobra societária. Não chegou a tal ponto o caso dos autos, em que a autoridade fiscal não imputou conduta dolosa à recorrente.

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

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

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

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser **mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio**, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada. (Acórdão nº 9101002.388 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço. (Acórdão nº 9101002.487 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de **dedução das despesas de amortização do ágio**, prevista no art. 386 do RIR/1999, **requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.**

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito comercial e substrato econômico, **não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte.** (Acórdão nº 9101002.449 da 1ª Turma da CSRF) (grifei)

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AMORTIZAÇÃO. ALCANCE.

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

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

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

Prosseguindo. Fosse possível superar o não efetivo pagamento do preço e a natureza jurídica de amortização de ágio interno da dedução defendida, restaria a análise do fundamento econômico declinado no laudo de avaliação ser, de fato, a expectativa de rentabilidade futura – como lá fora consignado – ou a quantificação de fundo de comércio – como interpretado pela autoridade fiscal, em entendimento mantido pela autoridade julgadora de primeira instância.

Sobre o tema, também em nada merece reproche a decisão recorrida. Ao contrário, espota tão escorreito entendimento jurídico sobre os fatos postos, que faço-a integrar o presente voto, em seu seguinte trecho, que aqui adoto como razão de decidir:

De plano, cumpre instar que a defesa insiste que a demonstração da origem e fundamentos do ágio em operações desta natureza deve ser evidenciado por intermédio de laudo de avaliação elaborado pela Acal Consultoria e Auditoria S/C (fls. 865/877) em atendimento formal do disposto no art. 20, §§2º e 3º do Decreto-lei nº 1.598, de 26/12/1977, calcando as razões de validade das demonstrações que serviram de apoio para a escrituração contábil do ágio reconhecido no patrimônio da antiga SULADIS (atual SAMI DTVM – PJ Impugnante) e, na sequência, amortizado em suas contas de despesas operacionais baseado em pretenso método de rentabilidade futura.

(...)

No plano tributário, impende registrar que **é compulsório ao sujeito passivo que o enquadramento da demonstração do fundamento econômico do ágio se instrumentalize por documentação** que guarde identidade, bem assim tempestividade e representação **fidedigna da motivação determinante da tomada de decisão e das razões subjetivas para a feita do negócio pelo preço avençado**, circunstância última que deveria ser provada verídica da transferência de recursos para a alienante com estreito nexos de causalidade com a transação societária declarada autêntica e livre de eventual vício social determinante da perda de sua eficácia.

O instrumento elaborado para tanto deve ser um retrato fiel da vontade do adquirente da participação societária para ter legitimada sua função orientadora do fundamento econômico vinculado às circunstâncias contemporâneas da efetiva motivação determinante do ágio negociado com base nos critérios substanciados no demonstrativo.

Importa dizer, em síntese, que **não se pode conferir ênfase à forma em detrimento da substância fática** das circunstâncias de relevância que se mostraram na estruturação do negócio jurídico e resultaram na perda de seus efeitos diante de flagrante percepção de inexistência de vontade entre as partes negociantes que geraram entraves na legitimação da pertinência de um ágio intragrupo de um investimento societário que pertencia ao conglomerado por ocasião da formatação dos atos societários de aquisição das ações da SAMI no ano de 2000.

(...)

Diante de uma análise ampla e sistematizada do contexto da operação societária, compreende-se as razões pelas quais a autoridade lançadora não atestou a validade do relatório de avaliação, pois, afetação do exercício de vontade a elaboração

integrava **um acervo de atos formais inseridos dentro de um cenário de interesse comum e exclusivo da controladora de todas as companhias envolvidas na reorganização societária**, configurando-se um evidente acordo simulatório desde a preparação da suposta relação obrigacional, fruição dos benefícios tributários derivados da geração de um ágio interno artificial, incluindo-se a feitura da sucessão de transações societárias sob a falsa perspectiva de amparo da motivação jurídica atribuída para precificação das ações.

De acordo com o ilustrado no introito, razoável inferir que uma negociação desta envergadura, sem vícios sociais e parte efetivamente independentes, teria seu desenlace após sucessivas reuniões entre os administradores e órgãos de assessoramento das sociedades participantes da relação contratual em momento antecedente à deliberação em assembleia.

De fato, aquilo que se vislumbra do teor dos trabalhos de fiscalização, foram atos estruturados que adquiriram contornos de um acordo simulatório que gerou um processo de reavaliação interna de ativos transvestido de um operação de compra e venda com sobrepreço, cuja operacionalização seguiu uma tramitação coordenada e em harmonia com manifestação de vontade dissimulada conduzida sob orientação da companhia controladora do grupo econômico (Banco Sul América S/A), bem assim seus mandatários diretos e indiretos responsáveis pela gestão dos negócios corporativos do conglomerado.

Evidentemente esta sucessão de intercorrências não se perfaz com **um acervo documental trazido apenas para traduzir a coincidência com atos societários em fase posterior ao planejamento estratégico engendrado dentro do conglomerado**, circunstâncias que, por sinal, não seriam notadas pelo órgãos de regulação, pois, ao contrário daquilo que sugere em sua defesa, evidente a inobservância de condições não equitativas oriundas de abuso de poder de controle da companhia controladora sobre as empresas inseridas como partes do suposto negócio jurídico (art. 245 da Lei das S/A).

Importante realçar que a consecução dos atos societários e a fruição ilícita dos efeitos tributários da amortização do ágio artificial se demonstravam concretizados com a anuência da alta cúpula decisória do conglomerado e aprovados em Assembleia Geral pelos respectivos membros das diretorias da entidades inseridas no negócio jurídico, inaugurado com o planejamento estratégico na estrutura do Grupo SUL AMÉRICA, envolvendo a controladora das partes contratantes – principal agente econômico que exerceu sua influência significativa nas deliberações das empresas envolvidas na reestruturação societária - a entidade impugnante e as interligadas participante das transação societárias, percorrendo uma sucessão de transferência intragrupo que teve desfecho com a incorporação no patrimônio da SAMI (empresa investida) pela SULADIS (atual SAMI DTVM – PJ Impugnante).

A tomada de decisão acerca da reestruturação societária e as informações necessárias à identificação do fundamentos estratégicos não foram pautadas no trabalho desenvolvido nestes relatórios de avaliação, mas sim com base de acervo documental não conduzido à cognição da autoridade lançadora e, agora, igualmente, perante o órgão julgador de primeira instância, pois, notadamente, a transferência do investimento societária se resolveria pelo reconhecimento de uma baixa e entrada de valores de natureza patrimonial da participação societária entre as partes envolvidas no ato de incorporação.

Cumprir instar que a montagem do trabalho desenvolvido no laudo de avaliação não indica uma estrutura técnica de preparação do resultado baseado em projeções de conjuntura macroeconômica e setorial relacionada ao mercado concorrencial do impugnante, mas sim com atributos vertentes avaliação de fundo de comércio e intangíveis, pois pautado em abordagem circunscritas ao aviamento e à clientela, objetivando a apreciação econômico-financeira do negócio empresarial e

aferição da potencial capacidade de geração de lucros em face do exercício da atividade social.

A mera assertiva da empresa de consultoria quanto ao objetivo e utilidade do relatório não se demonstra plausível e apto a refutar as inferências assentadas no encerramento do procedimento de fiscalização, porquanto não desempenha papel de evidência concreta dos atos formulados para a tomada de decisão ligada ao planejamento estratégico que, efetivamente, fora norteador por atuação abusiva da controladora e anuência da empresa impugnante dirigida à evasão tributária.

Particularmente neste caso, a falta de conexão com as circunstâncias vinculadas às bases do negócio jurídico firmado entre as partes contratantes e a sucessão de eventos de natureza societária inaugurado antes mesmo da situação fática que denotou a motivação para determinação do preço negociado na aquisição do ágio embutido no custo de aquisição do investimento societário, legitima a glosa das despesas computada para redução antijurídica da base imponible do IRPJ e da CSLL.

Neste cenário, evidente que não há elementos suficientes para caracterização da negativa da pertinência do ágio inserto ao montante do investimento societário, porquanto a configuração da ineficácia jurídica do ágio protestado na defesa do impugnante. (grifei)

Sendo assim, também pela constatação da formalização do fundamento econômico do ágio com base em laudo que, embora apresentasse sua metodologia como tendente a mensurar a expectativa de rentabilidade futura, em verdade, se limitou a estimar o fundo de comércio e o valor de bens intangíveis, seria indedutível tal valor, ante o que dispõe o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 9.532/97, combinado com o artigo 20, § 2º, alínea “c” do Decreto-Lei nº 1.598/77, valendo, neste ponto a reprise da transcrição desses dispositivos:

Lei nº 9.532/97:

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

(...)

II - deverá registrar o valor do **ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977**, em contrapartida a conta de ativo permanente, **não sujeita a amortização**;

(...)

Decreto-Lei nº 1.598/77:

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

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

II - **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.

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

(...)

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

Das penalidades. Concomitância e base de cálculo

A recorrente aduz ser incabível a concomitância das penalidades que lhe foram aplicadas.

Nesse contexto, impende frisar que não se desconhece a existência da súmula CARF nº 105, que vedava a concomitância entre a multa isolada, por falta de recolhimento de estimativas, e a multa de ofício, por insuficiência de IRPJ e CSLL apurados no ajuste anual. Mas tal verbete possuía aplicabilidade na vigência da redação anterior do artigo 44, alterado pela MP nº 351/07, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07.

Pela redação original do artigo 44, ambas as multas em questão seriam “*calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*”. Atualmente, a penalidade sobre o não recolhimento da estimativa passou a incidir sobre o “*valor do pagamento mensal*”.

Certo é que não há que se falar em bis in idem.

A multa de ofício é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento de tributo, falta de declaração e declaração inexata, e somente poderá ser exigida após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração anual (artigo 44, I e §1º). Já a multa isolada é devida na hipótese de falta de recolhimento da estimativa mensal, inclusive no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, podendo ser exigida tão logo encerrado o mês a que se refere a estimativa ou após o encerramento do ano-calendário (art. 44, II).

São, a multa de ofício e a multa isolada, portanto, penalidades distintas e com fundamentos diversos, o que afasta por completo a aventada hipótese de dupla punição. Acertada, pois, a exigência de ambas concomitantemente.

A recorrente também aduz que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, para a aplicação da multa isolada concernente às infrações atuadas no p.p., foram recompostas considerando, também, as adições sofridas em decorrência das constatações fiscais apostas nos processos nº 16327.720.801/2013-75 e 16327.721.270/2013-38.

Confunde-se, a recorrente.

De fato, a autoridade fiscal recompôs as bases de cálculos dos tributos, para, com isso, chegar à insuficiência do recolhimento das estimativas. Mas há dois fatos inobservados pela recorrente: (i) a recomposição se deu apenas quanto aos efeitos do processo nº 16327.721.270/2013-38, pois só ele influenciou em uma das duas estimativas afetas às multas isoladas lançadas no p.p.; e (ii) antes de aplicar o percentual de 50%, referente à penalidade, o autuante reduziu daquela insuficiência, quando cabível, o valor antes apurado nessa mesma categoria no sobredito processo.

Os quadros elaborados no TVF (fls. 2.534/2.536) não deixam dúvidas quanto ao dito acima. As insuficiências de recolhimento que deram azo à multa isolada referem-se às estimativas de julho de dezembro de 2009.

As estimativas de julho de 2009 não sofreram interferência do apurado no processo n.º 16327.721.270/2013-38, tampouco importam na presente análise, já que as suas insuficiências nestes autos decorreram da infração referida pelo n.º 2 no TVF, que é aquela com a qual a recorrente se conformou.

Já as estimativas de IRPJ e CSLL de dezembro de 2009 sofreram interferência do processo n.º 16327.721.270/2013-38 e da infração recorrida no p.p.. Por essa razão, a autoridade fiscal, após apurar, nestes autos, a insuficiência total nos recolhimentos efetuados, expurgou da conta a falta de recolhimento antes detectada no outro processo. Vejamos o que, com clareza hialina, se compreende do relato fiscal:

- Insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ – dezembro de 2009 (fls. 2.535 do TVF):
 - (+) “neste PAF”: R\$ 1.598.791,15
 - (-) “no PAF 16327.721.270/2013-38”: R\$ 657.051,71
 - (=) base de cálculo da multa isolada: R\$ 941.739,44
 - (x 50%) multa isolada: R\$ 470.869,72
- Insuficiência de recolhimento de estimativa de CSLL – dezembro de 2009 (fls. 2.536 do TVF):
 - (+) “neste PAF”: R\$ 1.420.031,68
 - (-) “no PAF 16327.721.270/2013-38”: R\$ 783.433,48
 - (=) base de cálculo da multa isolada: R\$ 636.598,20
 - (x 50%) multa isolada: R\$ 318.299,10

Sendo assim, correta a imposição e a quantificação da multa isolada, tanto quanto sua concomitância com a multa de ofício.

Tributação reflexa. CSLL

É evidente a aproximação existente entre o IRPJ e a CSLL, notadamente quanto à apuração das respectivas bases de cálculo.

Dentro dos limites da matéria autuada, e sem a necessidade de maiores digressões, é preciso assinalar a vigência do artigo 28 da Lei n.º 9.430/96, bem assim do artigo 57 da Lei n.º 8.981/95.

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

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

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

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

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

Conclusão

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário, para manter a exigência fiscal nos exatos termos em que fora formulada.

(documento assinado digitalmente)

José Eduardo Genero Serra

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre conselheiro relator, apresento aqui declaração de voto em sentido contrário no que tange ao mérito.

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

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

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

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

A partir da análise do Termo de Verificação Fiscal, nota-se que os fundamentos do auto de infração envolvem as seguintes questões: “3.2.1. Ágio interno gerado entre partes relacionadas” apresenta o principal fundamento da autuação; “3.2.2. Ágio não

amortizável por ter como fundamento econômico o fundo de comércio e outros intangíveis”; e “Normas de apuração da CSLL e do IRPJ” (item que não possui uma numeração específica).

Diante de tais fundamentos, teceremos algumas considerações sobre os referidos pontos específicos.

Ágio interno: considerações gerais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

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

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

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

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

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

Prossegue, ainda, o referido autor:

“As partes relacionadas podem fazer o que a lei não proíbe, ou não fazê-lo nas mesmas condições que contratariam com terceiros independentes; as pessoas jurídicas são distintas das pessoas físicas, cabendo unicamente à lei restringir a densidade normativa deste princípio jurídico. As citadas normas de bloqueio existem para eliminar os efeitos das operações realizadas fora do âmbito do princípio da equidade ou do ‘dealing at arms length’”².

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

Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho menciona que:

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

Afirma, ainda, o mencionado autor:

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

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

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

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

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

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

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

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

Logo, inexistem restrições para a criação de ágio em operações societárias entre empresas ligadas e a tal ágio será dedutível desde que o mesmo esteja devidamente fundamentado economicamente, bem como exista transferência financeira que dê origem a tal ágio.

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

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

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

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

Prossegue, ainda, o referido autor:

“O valor de rentabilidade (ou de lucro líquido) da ação tem fundamento no direito, que esta confere, de participar nos lucros da companhia. Quando avaliada com base na rentabilidade, a ação é considerada na sua natureza de fonte de renda financeira. E o método para determinar o valor de qualquer fonte de renda financeira é calcular o valor presente

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

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

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

(descontado) do fluxo futuro de renda que dela deverá ser derivado. Esse valor atual é o montante de capital que, à taxa adotada no cálculo, produz fluxo futuro renda”⁸.

Nesse mesmo sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho menciona que:

“A ‘previsão de resultados’, requerida pela norma da letra b do §2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, diz respeito ao virtual montante dos lucros ou prejuízos de exercícios futuros que indicam as projeções realizadas quanto da aquisição da participação societária. Evidentemente, os valores projetados devem ser submetidos a um critério de depuração do fator do tempo. Não é economicamente correto comparar um valor hoje (valor presente) a um valor formado no futuro; é necessário expurgar o efeito financeiro e trazer os valores projetados ao valor presente na data de aquisição da participação societária”⁹.

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

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

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

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

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

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

“14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para

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

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

que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa sob o aspecto jurídico-tributário. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou “prima” (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta que ele deve ser avaliado pelo MEP. Tal aquisição é feita pela controlada de minoritários da outra controlada. Nessa operação pode ser gerado ágio. Há justificativa ou efetividade econômica nesse ágio. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob a esfera tributária.

14.2. Mais. Conjecture-se que o negócio entre duas controladas, como descrito acima, seja de aquisição integral das ações da outra controlada, i.e., seja uma incorporação de ações. Na medida em que a controlada que tem suas ações incorporadas possuam minoritários que não sejam os mesmos da controladora (que é de ambas), aqui também pode ser gerado ágio. Este ágio tem significado ou justificativa econômica. É caso de ágio interno real ou com causa, nomeadamente sob o aspecto jurídico-tributário (...)

14.3. Cogite-se de uma pessoa jurídica que resolva incorporar as ações de uma controlada. Esta possui minoritários (outros acionistas que não do grupo). Também aqui, se a investida vale mais que seu valor contábil (e, quiçá, que o valor justo líquido de seus ativos), a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora), e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos novos acionistas da incorporadora de ações (antigos acionistas da que teve as ações incorporadas) – leia-se, aos minoritários, diretos ou indiretos. (...) É inegável que esse ágio tem causa, é efetivo ou real, sob o aspecto jurídico-tributário”¹⁰.

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

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

“Porém, há, sim, situações em que se justifica ágio dentro de um grupo de empresas, como, por exemplo, e em tese, quando uma pessoa jurídica subscreva capital de outra cujo controlador seja a mesma pessoa física

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

ou jurídica que a controle, mas cujas pessoas jurídicas (a que aumenta o capital e a que o subscreva) tenham acionistas minoritários distintos entre elas, hipótese que ocorre comumente quando se trata de companhias abertas”¹¹.

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

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

“o aproveitamento do ágio não pode ser negado em razão de a operação societária que o gerou ter englobado empresas do mesmo grupo ou troca de ações, pois tais particularidades estão protegidas pelos princípios fundamentais de liberdade. Em vez disso, o aproveitamento do ágio só pode ser negado se a operação societária praticada tiver envolvido algum ato ou negócio jurídico eivado de vício relativo à sua existência ou à sua validade. Em outras palavras, o problema não está na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas; o problema reside na prática de atos ou na celebração de negócios jurídicos viciados envolvendo empresas do mesmo grupo ou troca de ações ou quotas. São coisas completamente diferentes.

Em razão disso, repita-se, o aproveitamento do ágio não depende de as operações societárias terem sido ou não praticadas entre empresas do mesmo grupo ou envolverem ou não ações ou quotas. Ele depende, em vez disso, de as operações societárias terem sido praticadas por meio de atos ou negócios jurídicos sem vícios de existência ou validade”¹².

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

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

¹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Questões Atuais sobre o Ágio. Ágio Interno – Rentabilidade Futura e Intangível – Dedutibilidade das Amortizações – As Inter-relações entre a Contabilidade e o Direito. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011. p. 232.

¹² ÁVILA, Humberto. Notas sobre o Novo Regime do Ágio. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 5 volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 155.

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

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dessa forma, a partir da premissa das demonstrações consolidadas surgem posições abalizadas da doutrina sobre a inexistência de ágio em operações entre partes dependentes. Talvez o mais citados dos estudos sobre o tema seja o artigo “A Incorporação Reversa com Ágio gerado Internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade”, escrito pelo então doutorando Jorge Vieira da Costa Junior e pelo professor Eliseu Martins, artigo apresentado ao Congresso USP de Contabilidade e Controladoria.

Os seguintes trechos do referido artigo merecem ser citados:

“Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

(...)

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também”¹³.

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

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

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

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço¹⁴.

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

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

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de

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

*servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada*¹⁵.

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

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

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

“o inconformismo dos autores a esse respeito se dava à luz não de estarem as empresas descumprindo normas contábeis vigentes; exatamente pelo contrário: as normas em vigor, na sua visão, permitiam o que eles não consideravam como o melhor para a informação contábil brasileira.

(...)

*Mas não podemos deixar de reconhecer que, do ponto de vista normativo, nada impedia, pelo contrário, era-se obrigado a reconhecer esses resultados até a efetiva entrada em vigência da ICPC 09. E como contrapartida desse reconhecimento tem-se o registro, na adquirente, pelo valor total referente à transação. Desde, é claro, que tais valores tenham substância econômica”*¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O diretor relator Otávio Yazbek assinalou que embora o CPC 15 não seja aplicável em caso de combinações de negócios sob controle comum, também é importante que seja reconhecido que tal não aplicação do CPC 15 decorre do fato que tal norma foi elaborada pensando-se no âmbito das demonstrações financeiras consolidadas.

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

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

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

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

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

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

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

Por fim, outra questão interessante é a seguinte.

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

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

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

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

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

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

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

“Art. 36. Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

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

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º.”

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

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

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

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

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

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

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

O surgimento de uma proibição expressa à amortização do ágio interno com a edição da Lei n. 12.973/14 pode ser entendido como uma validação de que tal situação era permitida antes desta proibição. Embora tal interpretação possa estar sujeita a críticas, é importante destacar que é a interpretação que mais se coaduna com o princípio da segurança jurídica, permitindo que os contribuintes possam ter previsibilidade e calculabilidade das consequências de seus atos, de forma que somente a partir da proibição expressa é que os contribuintes podem saber de antemão qual será a consequência da aquisição com ágio de participação societária entre partes dependentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional também se refere à ocorrência de fraude ou simulação, o que não ocorre no caso concreto em que toda a operação de aquisição

foi devidamente formalizada e registrada publicamente, o que implica que não há nada escondido.

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

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

Da questão da ausência de pagamento do ágio

Em um único parágrafo (e não “parágrafo único”) constante na página 14 do TVF, a fiscalização fez constar que não houve apresentação de algum comprovante de pagamento da operação que gerou o ágio, conforme se pode observar abaixo:

Para o contribuinte poder usufruir desse benefício fiscal deve existir uma negociação, um custo de aquisição, com um comprador que efetivamente pague por uma participação societária com ágio. Em relação ao pagamento, sendo intimada e reintimada, a SAMI DTVM não comprovou a ocorrência da efetividade do pagamento.

Não me parece que este dispositivo tenha sido utilizado como fundamento autônomo para a autuação do contribuinte, mas tão somente como fato para demonstrar que se tratava de ágio interno, conforme se depreende de outros trechos do TVF:

O ágio deve ter efetividade e legitimidade, a partir da segunda etapa, iniciada com o aumento de capital da SULADIS na reorganização societária proírovida pelo Conglomerado Sul America, foram realizadas operações estruturadas em seqüência para que aparentemente fosse entendido que existiu uma transferência de ágio. Porém, quando analisado o conjunto dos atos, identilicanios que se trata de operações entre os próprios acionistas, submetidos ao mesmo controle, que culminou com o surgimento de um ágio interno, portanto indedutível.

Por mais que não estejamos no mundo ideal em que a adquirente conseguiu apresentar um comprovante de pagamento, tal qual um documento que demonstre uma transferência bancária, o fato é que o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 não se refere à expressão “pagamento”, mas se refere tão somente a que a “participação societária” tenha sido “adquirida com ágio”, conforme abaixo:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

Em outras palavras, a aquisição da participação societária não precisa ser feita à vista, podendo ser efetivamente paga em um momento posterior, de forma que o alienante da participação registrará contabilmente uma receita em contrapartida a um valor a receber (ativo), ao passo que o adquirente registrará um valor a pagar (passivo) em contrapartida ao ativo adquirido que terá o seu custo desdobrado nos termos do artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77.

Logo, se apegar à questão da comprovação do pagamento sem olhar aos demais elementos da situação não me parece adequado, uma vez que se o alienante transferiu efetivamente a participação societária para o adquirente é porque houve efetivamente um pagamento.

Assim, considerando que a fiscalização ocorreu mais de dez anos depois da operação que gerou o ágio e estamos julgando após mais de duas décadas de tal operação, não me parece incomum que o contribuinte não possua os comprovantes, o que não significa que idealmente deveria manter tal comprovação dado que os efeitos da amortização ocorreram por dez anos.

Ademais, não entendendo que o pagamento se constituiu como uma fundamento autônomo no TVF, de forma que tal menção se deu como justificativa para a caracterização do ágio como interno.

Assim, os fundamentos da autuação foram a qualificação do ágio como interno e a sua fundamentação econômica inadequada (aos olhos da fiscalização) como expectativa de rentabilidade futura, de modo que me parece errônea a fundamentação de tal decisão com base na ausência de comprovação do pagamento que gerou o ágio, sendo que tal fundamentação poderia ser enquadrada inclusive como alteração do critério jurídico do lançamento nos termos

do artigo 146 do Código Tributário Nacional, por mais que haja uma menção ao tema em um parágrafo do TVF.

Ágio fundamentado em fundo de comércio: imprecisões terminológicas

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, o ágio foi desconsiderado uma vez que não teria sido comprovado o fundamento econômico do ágio pelo valor de rentabilidade futura.

Para tanto, consta no TVF que “à luz do direito tributário, fundo de comércio e estabelecimento comercial são palavras sinônimas”, uma vez que o artigo 133 do Código Tributário Nacional trata da responsabilidade tributária decorrente da aquisição de “fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional”.

Além disso, há citação do artigo 1142 do Código Civil, que define “estabelecimento comercial” como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Também há citação de alguns doutrinadores que trataram do tema “estabelecimento comercial”, dentre os quais o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto na obra “Estabelecimento Comercial”, publicada pela Editora Saraiva em 1988.

Aparentemente a fiscalização se confundiu na identificação do sujeito titular dos direitos autorais morais e patrimoniais da referida obra, pois queria ser referir à obra “Teoria do Estabelecimento Comercial”, de autoria do Professor Oscar Barreto Filho, cuja segunda edição foi publicada postumamente pela Editora Saraiva em 1988.

Com relação à questão de que o Laudo de Rentabilidade Futura deveria ter atribuído parte da justificativa do ágio ao fundo de comércio e intangíveis, cumpre notar que no tocante ao desdobramento do custo de aquisição de participação societária, a redação original do artigo 20 do Decreto Lei nº. 1.598/77 previa que o contribuinte que avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deveria, 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 seguinte; e (ii) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77 dispunha que o registro contábil do ágio deverá ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasma no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido,

diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexistente dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação¹⁷.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri¹⁸ traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



Cumprido destacar que uma das etapas do processo contábil é a mensuração (LOPES, Alessandro B., MARTINS, Eliseu. Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2005). A partir do estudo das formas de mensuração de um ativo, é possível dividi-las em dois grupos: valores de entrada e valores de saída (MARTINS, Eliseu - org. Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Os valores de entrada representam aqueles obtidos no mercado de compra da entidade, refletindo a importância que a entidade dá ou deu quando da aquisição daquele ativo, ao passo que os valores de saída são aqueles que seriam obtidas no mercado de venda, refletindo a importância dada pelo mercado ao ativo que a empresa possui (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

Dentre os valores de entrada, destacam-se as seguintes formas de mensuração de ativo: (i) Custo histórico; (ii) Custo histórico corrigido; (iii) Custo corrente ou de reposição; (iv) Custo de reposição corrigido; e (v) Custo de reposição futuro.

Por sua vez, dentre os valores de saída, destacam-se: (i) Valor Realizado; (ii) Valor corrente de venda; (iii) Valor realizável líquido; (iv) Valor de liquidação; (v) Valor de realização futuro; e (vi) Valor presente do fluxo de caixa futuro.

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

Como decorrência de tal raciocínio, é cabível sob o ponto de vista econômico que um ativo (tangível ou intangível) tenha um valor realizável líquido, que seria o valor pelo qual seria transacionado em uma operação com parte independente, quanto um valor de rentabilidade futura decorrente de sua utilização.

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (tal qual existe atualmente no artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

Aliás, em termos econômicos, somente faria sentido alocar o custo de aquisição como parte de ativos tangíveis ou intangíveis se a entidade tivesse a intenção de alienar os referidos ativos. Caso contrário, aqueles ativos foram adquiridos para serem utilizados, isto é, com base em seu valor de uso, que refletem a rentabilidade futura decorrente do uso daqueles ativos.

Dessa forma, além de não haver uma ordem de fundamentação econômica na redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, interpretar tal norma de modo a buscar uma ordem seria uma alteração de critério jurídico. Em primeiro lugar, por uma questão lógica, seria estranho que a ordem a ser seguida fosse a seguinte: letra a, letra c e letra b.

Além disso, seria impossível qualquer alocação do ágio como rentabilidade futura diante da balbúrdia que é a letra c do artigo 20, §2º, do Decreto Lei n.º. 1.598/77, que é composta por fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Tais fundamentos contém uma série de impropriedades, uma vez que há confusão de conceitos, visto que o fundo de comércio é algo residual. E o que falar de outras razões econômicas! Como classificar parte do ágio como rentabilidade futura se houvesse uma ordem para classificar o ágio anteriormente como outras razões econômicas. Se a interpretação da ordem de fundamentos fosse mantida, um item tão subjetivo quanto “outras razões econômicas” seria o “super trunfo” para qualquer interpretação, visto que a densidade jurídica de “outras razões econômicas” é tão grande quanto às chamadas “forças ocultas” que já levaram um Presidente da República à renúncia.

Em conclusão, a partir da análise da redação anterior e da redação atual do artigo 20, §3º, do Decreto-lei n. 1.598/77, bem como da leitura dos documentos comprobatórios da rentabilidade futura trazidos pela Recorrente, entendo que houve comprovação do fundamento econômico do ágio.

Da ausência de previsão de indedutibilidade da despesa com amortização de ágio para fins de apuração da CSLL

Por mais que não conste no Recurso Voluntário a questão de inexistência de previsão de ineditabilidade do ágio para a CSLL como fundamento autônomo, entendo que os pedidos constantes no Recurso Voluntário para exoneração do crédito tributário da CSLL fazem com que eu possa como conselheiro julgador analisar a questão à luz da legalidade sem que com isso esteja infringindo nenhum dispositivo do regimento interno do CARF.

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

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

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

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

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

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

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

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

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

Instrução Normativa SRF n. 93/97

Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.

Instrução Normativa SRF n. 390/04

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Instrução Normativa RFB n. 1700/17

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

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

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

Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.

O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).

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

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

*Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, **são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:***

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens

móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.

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

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

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

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

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

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

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)

*E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual “aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei”. **Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada.** (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)*

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

ANEXO I
TABELA DE ADIÇÕES AO LUCRO LÍQUIDO
(Anexo I da Instrução Normativa RFB n.º 1.700, de 14 de março de 2017.)

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição ou Exclusão na Relação a(*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Ajustes de Avaliação Patrimonial	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291 e art. 309-A, §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Contratos de Concessão de Serviços Públicos	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Não Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, e art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da realização do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, caput e § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, caput e § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

Instrução Normativa SRF 390/04

Art. 75. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

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

contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata: (...)

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto

é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumpre notar que diferentemente do que é comumente apregoado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

Por fim, nas discussões ocorridas durante a sessão, ao tentar se aproximar a amortização do ágio de um benefício ou incentivo fiscal, deu-se uma impressão de que haveria algum ajuste a ser feito relativo à amortização do ágio no que tange ao IRPJ e à CSLL. Vale notar que à época dos fatos geradores o ágio estava sujeito à amortização contábil, visto que era parte do grupo de contas do Ativo Diferido após operação de incorporação, sendo que os itens do Ativo Diferido eram amortizados, nos termos do então vigente artigo 183, §3º, da Lei n. 6.404/76. Assim, havia uma despesa de amortização diminuindo o lucro contábil, de modo que se tornava necessária previsão explícita para que tal despesa fosse indedutível na base da CSLL, o que não ocorria na Lei n. 9.532/97. Ou seja, somente haveria algum ajuste a ser feito se houvesse previsão de uma adição, caso contrário para que houvesse o efeito de dedutibilidade, não havia necessidade de nenhum ajuste na apuração da CSLL.

Do prequestionamento para fins de discussão dos temas no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais

Conforme se observa no voto do ilustre conselheiro relator e nesta declaração de voto, muitos são os pontos passíveis de discussão posterior.

A questão da impossibilidade de dedutibilidade do ágio interno foi tratada de maneira bastante genérica ao longo do TVF, sendo citados expressamente diversos acórdãos gerais relativos ao ágio interno, tais como: Acórdãos 1302-001.108, 1101-000.968, 104-21.675, 103-23.290 e 104-21498. Os mesmos acórdão são citados como embasamento para o argumento da falta de propósito comercial das operações neles analisadas.

Embora não seja um fundamento autônomo no TVF em minha opinião, me parece que a decisão deste colegiado praticamente tratou a ausência de comprovação de pagamento do ágio como um fundamento autônomo, o que faz por si só que casos envolvendo ausência de pagamento possam ser usados de paradigmas no presente processo administrativo.

A questão do fundamento econômico do ágio como fundo de comércio ao invés de expectativa de rentabilidade futura também é genericamente descrito no TVF diante da existência de uma potencial carteira de clientes da adquirida.

Por fim, a questão da indedutibilidade do ágio para fins de CSLL também poderia ser retomada a partir da apresentação de casos em que se entendia que haveria necessidade de previsão específica de tal pedido no recurso voluntário.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO