



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720069/2016-11
ACÓRDÃO	1201-007.189 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	25 de junho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MOVER PARTICIPAÇÕES S.A. (NOVA DENOMINAÇÃO DE CAMARGO CORREA S.A.)
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014

ÁGIO INTERNO. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

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

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio pretendido pela contribuinte.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquele objeto da decisão.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO. PAGAMENTO/RETENÇÃO.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendo havido pagamentos/retenções, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN, contando-se o prazo decadencial de 5 anos a partir do fato gerador, salvo se caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. No caso vertente, restou afastada a multa de ofício qualificada, por não ter sido demonstrada situação dolosa, fraudulenta ou simulada, portanto, deve-se aplicar a diretriz sinalada para contagem do prazo decadencial.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351/2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996.

MULTA QUALIFICADA DECORRENTE DE INFRAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO”. NÃO CABIMENTO.

Somente se mantém a multa qualificada nas hipóteses em que, comprovado o dolo, resta caracterizada hipótese de sonegação, fraude ou conluio a que aludem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, o que não ocorre no caso concreto quanto à infração calcada em indedutibilidade da amortização de “ágio interno”.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO CABIMENTO.

Nos termos do art. 135, III, do CTN, a sujeição passiva solidária exige indicação de ato de infração à lei ou ao contrato social, acompanhado de provas que demonstrem de forma inequívoca a atuação pessoal do sujeito passivo do sujeito responsabilizado ao referido ato. Considerando que, no presente caso, há uma relação umbilical entre as responsabilidades tributárias imputadas e a qualificação da multa, uma vez que esta restou afastada por não ter sido caracterizada situação de dolo, fraude ou

simulação no tocante à infração calcada em indedutibilidade da amortização de “ágio interno”, afasta-se as responsabilidades aplicadas.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, afastar (i.a) o lançamento referente ao ano-calendário 2010, (i.b) a qualificação da multa de ofício para todos os anos-calendário, e (i.c) a imputação de responsabilidade solidária a todos os responsabilizados, com referência a todos os anos-calendário; (ii) por maioria de votos, manter o lançamento referente aos anos-calendário 2011 a 2013, com o Conselheiro Renato Rodrigues Gomes acompanhando o Relator pelas conclusões e vencidos os Conselheiros Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah; e (iii) por voto de qualidade, manter a exigência de multa isolada, vencidos os Conselheiros Renato Rodrigues Gomes, Isabelle Resende Alves Rocha e Lucas Issa Halah. O Conselheiro Lucas Issa Halah manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

Sala de Sessões, em 25 de junho de 2025.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho – Relator

Assinado Digitalmente

Jose Eduardo Genero Serra – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Raimundo Pires de Santana Filho, Renato Rodrigues Gomes, Ailton Neves da Silva (substituto integral), Isabelle Resende Alves Rocha, Lucas Issa Halah, Jose Eduardo Genero Serra (Presidente)

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntários, às fls. 4.914/4.978, 5.047/5.075, 5.089/5.112, 5.126/5.149, 5.164/5.192 e 5.207/5.235, apresentados em face do acórdão nº 106-047.058, exarado pela 4ª Turma da DRJ/06, em 27 de junho de 2024, às fls. 4.830/4.884, que julgou procedente em parte as Impugnações apresentadas pela MOVER PARTICIPAÇÕES S.A. (doravante denominada MOVER) e Responsáveis Tributários, às fls. 1.999/2.071, 2.365/2.409, 2.541/2.579, 2.710/2.755, 2.886/2.931 e 3.062/3.227, contra Autos de Infração lavrados pela Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Maiores Contribuintes – Demac/SP, às fls. 1.910/1.958, através dos quais foram constituídos os tributos abaixo relacionados, no montante R\$ 209.767.734,58 (duzentos e nove milhões, setecentos e sessenta e sete mil, setecentos e trinta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), aí incluídos principal, multa por lançamento de ofício e juros moratórios, apurados em conformidade com o regime tributário do Lucro Real Anual, referente aos exercícios de 2011 a 2014. Ademais foram responsabilizados tributariamente os Senhores: Vitor Sarquis Hallack, Luis Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech, José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira:

VALORES LANÇADOS, EM R\$

FLS.	IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO	VALOR	JUROS	MULTA	MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE	SOMA
1.910 a 1.935	IRPJ	46.888.189,91	23.173.879,51	70.332.284,85	13.872.922,04	154.267.276,31
1.936 a 1.958	CSLL	16.888.388,36	8.345.959,30	25.332.582,54	4.933.528,07	55.500.458,27
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO						209.767.734,58

Da Autuação

No que toca à autuação questionada, basicamente a glosa das despesas fundamentou-se na constatação de que: não houve comprovação efetiva da origem do “**Ágio Átila**”; não teve propósito negocial; e se concretizou intragrupo formado pela Camargo Correia S/A (CCSA) – atual MOVER -, Votorantim e Bradesco – espécie de ágio de si mesmo. Dos fundamentos utilizados para as glosas pela Autoridade Autuante, destacamos:

- a) Demonstra, através de organogramas apresentados pela Autuada, às fls. 1846, 1847 e 1.858 a 1861, que a Recorrente, juntamente com a Votorantim e o Bradesco, realizaram,

por meio de sociedades holding, investimentos em companhias tais como CPFL Energia S.A (CPFL) e VBC Energia S.A.;

- b) Em determinado momento, destaca que a Recorrente e a Votorantim detinham partes iguais do capital de Brumado Holdings S.A., ao passo que Bradesco, por meio de sua subsidiária Bradespar, possuía a integridade das ações de Antares Holdings S.A., a qual, por sua vez, era proprietária de todo o capital de Átila Holdings S.A.. Todavia, em 15 de dezembro de 2006, eles acordaram em permutar entre si os controles acionários das sociedades Átila Holdings S.A. e Brumado Holdings S.A.;
- c) Posteriormente, Átila Holdings S.A. foi cindida parcialmente, vertendo-se metade de seu patrimônio à Recorrente, o que deu origem ao ágio ora em exame;
- d) Analisando as ações da Brumado Holdings S.A. que foram permutadas, constatou que:
- i. decorreu de subscrição pelas empresas CCSA e Votorantim, antes da operação de permuta, de ações da CPFL, sem valor nominal, cabendo a cada uma das subscritoras 13.581.069 ações ordinárias, nominativas, no valor de R\$ 468.546.880,00;
 - ii. observou que as ações da CPFL subscritas na Brumado, foram contabilizadas pelos valores justo por ação, obtido pela metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, calcado em laudo de avaliação, elaborado pelo Banco Pactual S/A, em 31/10/06, totalizando 28.420.052 ações, correspondente a um investimento de R\$ 980.491.792,00, equivalente a **R\$ 34,50 por ação**. Entretanto, segundo os valores de patrimônio líquido da empresa CPFL, em 30/06/2006, o valor presente de mercado de cada ação aproximado girava em torno de **R\$ 9,87**;
 - iii. quanto à transferência de ações nominativas, disciplinada pelo art. 31, da Lei nº 6.404/76, verificou que a subscrição das ações da CPFL na Brumado Holdings S.A., registro antes da permuta, foi aprovada pela Ata de Assembleia Geral Extraordinária datada de 6 de dezembro de 2006, com base em Laudos de Avaliação elaborados pela empresa “AMKS Contadores e Consultores Ltda”, na data de 27 de novembro de 2006. Nesse ponto, registra que após várias intimações que lhe foram apresentadas: a “Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora da Bolsa de Valores” preenchida, contudo sem qualquer assinatura, nem autenticação, às fls. 536; e a cópia da “Declaração de Imposto de Responsabilidade do Alienante na Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora da Bolsa de Valores”, com preenchimento incompleto e também sem assinatura ou autenticação, às fls. 537; e
 - iv. No que tange ao laudo emitido por AMKS Contadores e Consultores Ltda, salienta que a análise se baseia: (...) *a) em registros contábeis da CCSA, que foram lançados pela empresa, registros estes que, por sua vez, teriam tido o endosso do próprio laudo da AMKS; assim aqui ter-se-ia criado um círculo vicioso inócuo; b) no registro*

escritural que a empresa alega ter apresentado em sua resposta, registro este que, segundo a empresa, seria uma relação das transferências de ações integralizadas efetuadas em 24/11/2006 e que, conforme visto antes, não continham os valores das ações, somente as quantidades transferidas, sem qualquer autenticação ou validação e c) no contrato de compra e venda de ações, elaborado entre as empresas coligadas VBC Participações e CCSA, e que, neste ponto, em virtude de todas as ocorrências encontradas ao longo deste procedimento fiscal, passou a levantar suspeitas de estar maculado;

- e) Registra que a VBC Participações, controlada integralmente pelo supradito grupo econômico - cada empresa participante detinha 33,33% das ações - foi a vendedora das ações da CPFL ao grupo, sendo que a Recorrente, juntamente com a Votarantim, as subscreveu na Brumado, enquanto a Bradespar, através da Antares Holdings S.A., as subscreveu na Átila Holdings S.A., para, posteriormente, permutarem. Assim, houve aquisição de ações que já seriam de certa forma das empresas envolvidas e concluiu que o ágio em questão não atendeu às condições e aos requisitos previstos nos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, uma vez que, como não houve pagamento de valores, (...) *tal operação poderia ensejar a criação de "ágio intragrupo", a partir da supervalorização no valor das ações adquiridas e posterior operação de permuta com ações de menor valor, nos termos dos fatos aqui analisados;*
- f) (...) *O aspecto, que impede que o ágio registrado pela CCSA seja dedutível, está ligado ao fato de que **não houve comprovação efetiva da origem do ágio**. Como se pode depreender de todo o exposto no tópico 2 (DO PROCEDIMENTO FISCAL) do presente relatório, o ágio teria surgido em função de uma operação de permuta de ações entre a CCSA e a Bradespar, após a aquisição, pela CCSA, das ações permutadas, da empresa VBC Participações. Não foram comprovados os elevados valores pagos na aquisição destas ações, que, segundo a fiscalizada, teriam suscitado o ágio, resultante da diferença dos valores trocados. Tampouco houve pagamento efetuado, somente a operação de permuta atada. (g.n.)*
- g) Salaria que **não havia propósito comercial** autônomo que justificasse a realização da operação como um todo, isto é, a saída do Bradesco do grupo VBC, posto que (...) *algumas destas etapas permaneciam sem sentido, analisando-as individualmente, como a venda das ações entre coligadas, ou o súbito desaparecimento da VBC Participações. Acrescenta, que a sequência das etapas realizadas, de forma encadeada com as anteriores, visou atingir um único objetivo: ser oponível ao Fisco, até porque (...) nenhum evento externo a coagir ou exercer pressão sobre a interessada ocorreu que justificasse a velocidade com que as operações foram realizadas. Por fim, assevera que se tratou de uma (...) operação pela qual se utilizou a fórmula de uma reorganização empresarial (saída do grupo Bradesco do controle da VBC Energia), como disfarce para se encobrir uma operação irregular, cujo resultado teria sido a realização de um plano preconcebido, e não tão somente a reorganização de uma empresa; e*

- h) No que diz respeito à constatação que se tratou de um **ágio intragrupo**, afirma;
- i. (...) *No contexto geral, não houve, portanto, decisão independente pela venda de ações da empresa VBC Participações à CCSA com sobrepreço patrimonial, que indicasse propósito negocial. Cumpre relembrar que foi esta venda, seguida da permuta de ações, que deu origem ao ágio aqui tratado;*
 - ii. (...) *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 de si mesmo”;*
 - iii. (...) *No caso em tela, não houve desembolso de valores na criação do ágio. As ações foram transferidas entre empresas do mesmo grupo, com valor superfaturado, levando à sua criação, após a operação de permuta. Este ágio que havia sido contabilizado na empresa Átila foi transferido à empresa CCSA em decorrência da cisão parcial da primeira e incorporação da parte cindida pela segunda, e a sua amortização passou a ser deduzida do lucro tributável;*
 - iv. (...) *O curioso é que, com relação ao presente caso, **na operação de compra e venda das ações entre coligadas que deu origem ao “ágio intragrupo”, a vendedora tenha sido absorvida pela sua controlada, que por sua vez é controlada pela compradora.** Desta forma, em relação ao grupo Camargo Corrêa como um todo, após as contabilizações efetuadas, o valor do passivo da adquirente das ações (R\$ 504.698.671,50), que **resultou em dívida da mesma junto ao grupo**, de certo modo, **acabou por ser anulado pelos direitos da alienante, que foram transferidos ao grupo, após sua dissolução (vide tópico 2.6 – Da contabilização dos valores).** A **única coisa que perdurou da operação foi o “ágio fabricado”** que ficou com a Átila na permuta das empresas e que após sua cisão parcial e incorporação pela fiscalizada, passou a ser amortizado [...]; **(g.n.)***
 - v. (...) *Portanto, sob a ótica do fluxo de rentabilidade tampouco se justifica o reconhecimento do “ágio intragrupo” uma vez que **não faz qualquer sentido reconhecer uma antecipação se previamente à operação o comprador já era detentor do direito alegadamente adquirido;** e **(g.n.)***
 - vi. (...) *No caso em tela, as características anteriormente expostas apenas corroboram a conclusão de que transações intragrupo dessa natureza **são artificialmente arquitetadas e conseqüentemente desprovidas de propósito negocial, sendo motivadas exclusivamente pela (ilícita) dedutibilidade tributária da amortização do “ágio intragrupo”.** (g.n.)*

Outrossim, em razão de ter constatado que o Sujeito Passivo objetivou ocultar as inconsistências que o procedimento fiscal detectou, notadamente no que concerne à aquisição

das ações pela CCSA, que conduziram ao surgimento do ágio após a permuta das empresas, o Agente Fazendário **qualificou a multa de ofício imputada.**

Ademais, **responsabilizou solidariamente**, com fundamento no artigo 135, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN), os senhores: Vitor Sarquis Hallack, Luís Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech, José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira, qualificados nos autos, “diretores e conselheiros da fiscalizada”, por entender que, na qualidade de gestores executivos da Autuada, (...) *compartilhavam do pleno domínio funcional dos fatos adstritos ao negócio societário, bem assim dos efeitos tributários que seriam decorrentes da execução do ilícito derivado de atos praticados com simulação.*

Por fim, teceu considerações a respeito da aplicação da multa isolada e retificação dos saldos de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL.

Da Impugnação da Mover

Indignada a MOVER impugnou aduzindo que:

- a) todas as solicitações da Fiscalização foram atendidas regularmente e que (...) *“todas as etapas da operação ora questionada podem ser integralmente reconstruídas com base nos documentos constantes dos autos deste processo administrativo”*. Conclui afirmando que (...) *“houve a apuração de ganho de capital pela VBC Participações S/A”*;
- b) se operou a decadência no que toca ao questionamento da legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio combatido;
- c) (...) *os Autos de Infração seriam nulos, ao argumento de que deles só constariam “normas gerais”, ao passo que “a dedutibilidade das despesas com ágio foi regulamentada, de forma específica, pela norma veiculada pelo artigo 386, inciso III, § 2º do RIR/99”*;
- d) (...) *“a Fiscalização deixou de analisar a integralidade da operação, bem como o contexto econômico e gerencial em que esta encontrava-se inserida”*;
- e) Após demonstrar detalhadamente as etapas que envolveram o ágio questionado, entende que demonstrou a existência do propósito negocial da operação e ressalta (...) *que o “Ágio Átila” “haveria surgido “com a permuta [...] por meio da qual a Impugnante e a Votorantim Investimentos entregaram à Antares 100% das ações da Brumado e receberam em troca 100% das ações da Átila”*;
- f) Quanto ao argumento da Fiscalização de que teria havido ágio intragrupo, não passível de amortização, aduz que parte de dois equivocados (e contraditórios) pressupostos: o de que o “Ágio Átila”, ora questionado, teria surgido em razão da venda das ações da VBC-P à Impugnante, i.e., em transação entre partes dependentes, posto que se originou da

permuta realizada entre partes independentes (Grupo Bradesco de um lado, impugnante e Grupo Votorantim de outro); e o de que não houve desembolso na criação do ágio, que se originou da permuta entre as ações da Brumado e as ações da Átila; e

- g) Por fim conclui que mesmo que se tratasse de ágio intragrupo ou interno, este é admitido pelo direito tributário à época dos fatos geradores, conforme reconhecido pelo CARF.

Opôs-se à aplicação de multa qualificada, alegando que não houve, no presente caso, sonegação, fraude ou conluio nas operações que culminaram com a amortização do ágio. Além disso, invoca a dicção do art. 112, do CTN, e tece comentários a respeito do caráter confiscatório da multa de ofício aplicada de 150%, concluindo com o pedido de que seja cancelada ou ao menos reduzida ao patamar de 75% do valor do tributo devido.

Requeru a extinção do crédito tributário, relativo ao ano de 2010, em razão da decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN”, posto que a ciência da autuação ocorreu somente no dia 29/08/2016, portanto, transcorreu o prazo de cinco anos contados da data do fato gerador para a sua constituição.

Rebelou-se também contra a aplicação da multa isolada, requerendo o cancelamento, asseverando que é indevida pelos seguintes motivos: (i) (...) *somente pode ser exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base*; e (ii) as bases e premissas da multa isolada, mesmo após a alteração na redação do dispositivo pela Lei 11.488/07 são as mesmas da multa de ofício, sendo que a sólida jurisprudência do CARF, inclusive consolidada com a Sumula CARF nº 105, para afastar a cobrança, é integralmente aplicável.

Em razão de considerar evidente a necessidade de cancelamento das autuações originárias do presente processo administrativo”, **propugnou pelo restabelecimento dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL compensados de ofício** pela Fiscalização com as bases de cálculo autuadas de tais tributos.

Por fim, alega que **os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada**, por absoluta ausência de previsão legal.

Das Impugnações dos Responsáveis Solidários

Em sede impugnatória, os responsabilizados, apesar de terem apresentados suas defesas em peças impugnatórias separadas, apresentaram abordagens semelhantes, fundadas basicamente:

- a) Alegativa de vício de fundamentação da autuação fiscal – nulidade do termo de responsabilidade tributária;
- b) Adoção sem ressalvas os argumentos de mérito apresentado pela MOVER.

- c) Defesa da incompatibilidade entre a tributação da pessoa jurídica como devedora principal e, concomitantemente, a responsabilização de terceiros com fundamento no artigo 135, III, do CTN;
- d) (...) *não restou caracterizada a hipótese de sujeição passiva solidária prevista no artigo 135, do CTN, notadamente pela ausência de poderes de gestão dos membros do Conselho Administrativo, (...) órgão meramente de orientação e aconselhamento, e não de gestão e gerência, como a diretoria;*
- e) Não restou demonstrado, especificamente para cada responsabilizado, (...) *o cometimento de qualquer crime enunciado pelos artigos 299 e 305 do Código Penal c/c artigo 1º, incisos II e IV da Lei nº 8.137/90;*
- f) Suscitação do princípio da pessoalidade da pena; e
- g) Alegação sobre a impossibilidade de exigência da multa em caso de dúvida, nos termos do art. 112, do CTN.

Da Decisão de Primeira Instância Anulada

Em 23 de março de 2017, a 4ª Turma da DRJ/06 proferiu o Acórdão nº 02-72.334, que julgou procedente em parte a impugnação.

Além do Recurso de Ofício, a MOVER e os Responsáveis Solidários atravessaram Recursos Voluntários em desfavor do sinalado Acórdão ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, e, tempestivamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN apresentou Contrarrazões, às fls. 3.679/3.756.

A 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / 1ª Seção de Julgamento, em 14 de agosto de 2018, prolatou o Acórdão 1401-002.822, às fls. 3.762/3.781, que assim dispunha:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para declarar a nulidade da decisão recorrida, por alteração do critério jurídico da respectiva decisão. Restou prejudicada a análise do Recurso de Ofício. Vencidos os Conselheiros Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Cláudio de Andrade Camerano e Luiz Augusto Souza Gonçalves.

Eis a ementa do Acórdão nº 1401-002.822:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

NULIDADE. DECISÃO DA DRJ QUE INOVA NA FUNDAMENTAÇÃO.

É nula a decisão da DRJ que mantém a autuação com base em fundamento que não constou do auto de infração, por operar em cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração. Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento.

Em 05/11/2018, a PGFN impetrou Embargos de Declaração, às fls. 3.783/3.785, que foi REJEITADO consoante Despacho de Exame de Admissibilidade de Embargos Declaratórios, às fls. 3.788/3.791. A PGFN apresentou Recurso Especial, às fls. 3.793/3.800.

Cientes do Acórdão nº 1401-002.822, a MOVER e os Responsáveis Solidários, apresentaram, tempestivamente, Embargos de Declaração, os quais foram REJEITADOS, de acordo com o Despacho de Exame de Admissibilidade de Embargos Declaratórios, às fls. 4.263/4.269. Ademais, tanto o Sujeito Passivo como os Responsáveis Solidários atravessaram Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pela PGFN, bem como impetraram Recursos Especiais. A PGFN protocolou Contrarrazões aos Recursos Especiais interpostos.

Em 17/10/2023, a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, exarou o Acórdão nº 9303-014.413, às fls. 4.796/4.807, que assim dispôs:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, e, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte, vencidos os Conselheiro Rosaldo Trevisan e Semíramis de Oliveira Duro, que votaram pelo não conhecimento. No mérito, negou-se provimento, por unanimidade de votos, ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte.

Da Decisão Recorrida

Após reapreciar os Autos de Infração, às fls. 1.910/1.958, o Termo de Verificação Fiscal - TVF, às fls. 1.836/1.909, e as Impugnação apresentada pela Contribuinte e Responsáveis Solidários, às fls. 1.999/2.071, 2.365/2.409, 2.541/2.579, 2.710/2.755, 2.886/2931 e 3.062/3.227, a 4ª Turma da DRJ/06 exarou o Acórdão nº 106-047.058, em 27/06/2024, às fls. 4.830/4.884, que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, reduzindo o percentual da multa de ofício a 100%, mantendo integralmente o crédito tributário e a Responsabilização Solidária de Vitor Sarquis Hallack, Luis Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech,

José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira, qualificados nos autos. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014

TDPF-F

O TDPF-F, instrumento de controle interno da RFB, abrange automaticamente as infrações relativas a tributos nele não mencionados, quando dependam dos mesmos elementos de prova.

ÁGIO

Somente é permitido deduzir como despesa o ágio verificado na aquisição de participação societária em outra pessoa jurídica, desde que este ágio se encontre justificado pela previsão dos resultados nos exercícios futuros da pessoa jurídica adquirida e o patrimônio da investida venha a ser incorporado pela investidora, vedado o assim chamado “ágio interno”.

DECADÊNCIA

O instituto da decadência aplica-se ao fato gerador do tributo, sem coibir de forma alguma o direito do Fisco de examinar as condições que vieram a conformar este fato gerador, afetando o quantum debeatur.

BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ.

MULTA LANÇADA ISOLADAMENTE

A multa lançada isoladamente e a multa de ofício são de todo distintas entre si, assim como são distintas as infrações que elas apenas, sendo cabível sua aplicação simultânea.

MATÉRIA AUSENTE DOS AUTOS

O processo administrativo tributário deve conter apenas o essencial e, portanto, não se pode examinar matéria estranha aos autos.

JUROS MORATÓRIOS

A cobrança de juros moratórios no mesmo patamar da taxa SELIC é imperativo legal.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Por via de regra, a jurisprudência e a doutrina não gozam do status de legislação tributária.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Exercício: 2011, 2012, 2013, 2014

BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ.

Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte****Dos Recursos Voluntários**

A MOVER tomou ciência da apontada decisão em **24/07/2024**, através de sua Caixa Postal, considerada seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE perante a RFB, às fls. 4.820, e os responsáveis tributários: o Sr. Vitor Sarquis Hallack, em **25/07/2024**, através de sua Caixa Postal, considerada seu DTE perante a RFB, às fls. 4.904; o Sr. Albrecht Curt Reuter-Domenech, em **30/07/2024**, consoante Aviso de Recebimento – AR, às fls. 4.909; o Sr. José Edison Barros Franco, em **31/07/2024**, consoante AR, às fls. 4.910; o Sr. José Alberto Dinis de Oliveira, em **30/07/2024**, consoante AR, às fls. 4.908; e o Sr. Luis Roberto Ortiz Nascimento, em **31/07/2024**, consoante AR, às fls. 4.911.

Do Recurso Voluntário Impetrado Pela MOVER PARTICIPAÇÕES S.A.

Indignada a MOVER, em **22/08/2024**, protocolou Recurso Voluntário, às fls. 4.914/4.978, e, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, apresentou os seguintes pedidos e causa de pedir sintetizados:

a) Quanto ao Mérito:

- i. (...) *Restou devidamente demonstrado e comprovado nos autos que a “origem do ágio” amortizado pela Recorrente está no custo de aquisição das ações da Átila, recebidas em troca das ações da Brumado em operação de permuta realizada entre grupos econômicos distintos e independentes (de um lado, Grupo Camargo Corrêa, de outro, Grupo Bradesco), que por força de legislação legal expressa (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 20, incisos I e II) deveria obrigatoriamente ser desdobrado na contabilidade em valor do patrimônio líquido e ágio.*
- ii. Nesse contexto, (...) *não se sustenta a alegação fiscal de que no caso concreto se estaria diante de “ágio interno”;*
- iii. (...) *Ainda que se tratasse de “ágio interno” (ou “intragrupo”) na linha da acusação fiscal, o que se admite apenas para fins de argumentação, na esteira do entendimento jurisprudencial pacífico, antes da Lei nº 12.973/14, inexistia base*

legal que restringisse o aproveitamento do ágio apenas quando gerado em operações envolvendo partes não dependentes;

- iv. (...) *A própria fiscalização reconhece nestes autos que as operações em questão foram realizadas para viabilizar a retirada do Grupo Bradesco do empreendimento que este grupo econômico possuía em conjunto com a Recorrente (Grupo Camargo Corrêa) e Grupo Votorantim, sendo incontestável portanto que tais operações possuíam propósito negocial de caráter não tributário, o que “data venia” revela a inconsistência e incoerência da alegação de falta de propósito negocial daquelas operações;*
- v. Ademais, mesmo que se entenda diferente, a suposta ausência de propósito negocial das operações realizadas não serve de justificativa válida para glosar a amortização do ágio apurado na permuta de ações, **por absoluta falta de fundamento legal, (...) conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.446 e pela remansosa jurisprudência desse E. CARF;**

b) **Subsidiariamente**, argumenta:

- i. Em favor da **improcedência da qualificação da multa de ofício;**
- ii. Afastada a qualificação da multa, impõe-se o reconhecimento da **decadência quanto ao IRPJ e CSLL, relativos ao ano-base 2010**, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional; e
- iii. Ser **indevido o lançamento da multa isolada.**

Dos Recursos Voluntários Impetrados Pelos Responsáveis Tributários: Vitor Sarquis Hallack, Luis Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech, José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira

Irresignados os responsáveis tributários apresentaram Recursos Voluntários, em peças separadas, nas seguintes datas:

- a) o Sr. Vitor Sarquis Hallack, em **26/08/2024**, às fls. 5.047/5.075;
- b) o Sr. Albrecht Curt Reuter-Domenech em **29/08/2024**, às fls. 5.164/5.192;
- c) o Sr. José Edison Barros Franco, em **28/08/2024**, às fls. 5.089/5.112;
- d) o Sr. José Alberto Dinis de Oliveira, em **28/08/2024**, às fls. 5.126/5.149; e
- e) o Sr. Luis Roberto Ortiz Nascimento, em **29/08/2024**, às fls. 5.207/5.235.

Considerando que os conteúdos são semelhantes, em favor de evitar a repetição, resumiremos, de forma conjunta, os pontos guerreados. Nessa quadra, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, argumentaram calcados nos seguintes fundamentos:

- a) **Em âmbito preambular**, alegam que é manifestamente improcedente o lançamento combatido quanto ao mérito, com base nas razões expostas no recurso voluntário interposto pela contribuinte autuada Mover Participações S/A; e
- b) **Em sede meritória**, asseveram que descabe a responsabilidade tributária imputada aos recorrentes, visto que:
- i. **deve ser aplicado de forma inequívoca a regra do art. 112, do CTN;**
 - ii. **incorreram em qualquer das hipóteses previstas no caput do artigo 135, III, do CTN;**
 - iii. **falta a comprovação individualizada e direta das condutas previstas no inciso III, do art. 135, do CTN; e**
 - iv. **não há comprovação do dolo dos recorrentes necessário à aplicação do artigo 135, III, do CTN.**

É o Relatório

VOTO

Conselheiro **Raimundo Pires de Santana Filho**, Relator

1 DA ADMISSIBILIDADE

Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade. Portanto, deles conheço.

2 DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, cumpre esclarecer que os acórdãos das instâncias administrativas, bem como decisões judiciais e posicionamentos doutrinários, embora de inestimável valor como fonte de consulta, servem apenas como forma de ilustrar e reforçar a argumentação dos litigantes, dado que não têm o condão de alterar determinações expressas na legislação.

Ademais, no que diz respeito às decisões judiciais, além de não se constituírem em normas complementares do direito tributário nos termos do art. 100, do CTN¹, devem ser respeitadas as limitações impostas pelo Decreto nº 2.346/1997, e as determinações contidas no art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002. Quanto às citações doutrinárias que a defendente traz lume em seu petítório, em diversos tópicos da peça recursal, ressalva-se que a doutrina não integra a legislação tributária, conforme define o art. 96, do Código Tributário Nacional – CTN².

Também as decisões proferidas pelos Conselhos de Contribuintes, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e mesmo pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda que reiteradas sobre determinada questão, não se fazem oponíveis à autoridade administrativa de Julgamento, ressalvada a hipótese de edição de súmula administrativa, na forma do art. 26 A, do Decreto nº 70.235/1972, incluído pela Lei 11.196/2005³. Veja-se também a conclusão do Parecer Normativo Cosit nº 23, publicado no DOU de 9 de setembro de 2013, que se presta a bem elucidar o tema:

Diante do exposto, conclui-se que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

¹ Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
- IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

² Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

³ Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

3 DO MÉRITO

3.1 DA PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA

Em sede meritória, a MOVER pleiteou o reconhecimento da decadência quanto aos créditos tributários autuados de IRPJ e CSLL, relativos ao ano-base 2010, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, caso a questionada qualificação da multa de ofício seja afastada.

A princípio, é mister registrar que a DECADÊNCIA se trata de um tema de direito material, portanto de mérito ou, melhor dizendo, **prejudicial do mérito**. Essa acepção é ratificada pelo disposto no art. 487, do Código Processual Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015)⁴.

Feita a ressalva, no que diz respeito a este tópico, em razão da relação umbilical com o questionamento: Da Inaplicabilidade da Multa de Ofício Qualificada no Percentual de 100%, inclusive reconhecida pela Defesa, apreciaremos após análise deste.

3.2 DAS GLOSAS DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DO “ÁGIO ÁTILA”

3.2.1 DA INTRODUÇÃO

No âmbito meritório, inicialmente, analisaremos as autuações relacionadas às deduções de amortização de ágio contabilizadas pelo Sujeito Passivo que reduziram, sob a ótica da Fiscalização, indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2010 a 2013. Em seguida, apreciaremos os pleitos subsidiários.

Conforme detalhamos no relatório, a autuação questionada glosou despesas com amortização antecipada de ágio, por ter constatado que não houve comprovação efetiva da origem do “**Ágio Átila**”, o qual careceu de propósito negocial e se concretizou intragrupo formado pela Camargo Correia S/A (CCSA) – atual MOVER -, Votorantim e Bradesco –, caracterizando-se como uma espécie de ágio de si mesmo.

Indignada a MOVER impugnou aduzindo que demonstrou a origem e o propósito negocial da operação, bem como, quanto ao argumento da Fiscalização de que teria havido ágio intragrupo, não passível de amortização, assevera que partiu de pressupostos equivocados, visto que o “**Ágio Átila**” se originou da permuta, entre as ações da Brumado e as ações da Átila,

⁴ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - **decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;**(g.n.)

realizada entre partes independentes (Grupo Bradesco de um lado, impugnante e Grupo Votorantim de outro). Por fim conclui que mesmo que se tratasse de ágio intragrupo ou interno, este é admitido pelo direito tributário à época dos fatos geradores, conforme reconhecido pelo CARF.

O Acórdão combatido manteve integralmente os lançamentos de ofício ao ratificar a aceção que não eram possíveis as deduções dos ágios registrados pela Contribuinte, em razão do não cumprimento das condições e requisitos impostos pela legislação em vigor à época dos fatos geradores, notadamente pela ausência de propósito negocial e constatação da ocorrência de ágio gerado entre partes relacionadas – ágio interno. Em síntese, utilizou-se das seguintes razões:

- a) Partindo da descrição elaborada pela Recorrente, destaca os momentos que entende cruciais da operação empresarial em exame, os quais resume no quadro abaixo:

DATA	EVENTO
Não informada	Votorantim, Antares S.A. (Grupo Bradesco) e a interessada constituem VBC Participações, com participações iguais a 33,33% por acionista.
17/10/2006	A interessada e Votorantim Investimentos S.A. constituem Brumado Holdings S.A., com participações iguais a 50% por acionista.
31/10/2006	Banco Pactual reavalia as ações de CPFL Energia, que passam de R\$ 9,87/ação para algo entre R\$ 32,78/ação e R\$ 35,80/ação.
16/11/2006	VBC Participações aliena para a interessada ações da CPFL Energia, por R\$ 34,50/ação (R\$ 504.698.671,50 no total).
28/11/2006	Cisão total de VBC Participações.
14/12/2006	A interessada aumenta sua participação no capital de Brumado Holdings pela entrega de 13.581.069 ações da CPFL Energia, ao valor de R\$ 34,50/ação (R\$ 468.546.880,50 no total).
15/12/2006	A interessada permuta ações da Brumado Holdings, ao valor de R\$ 468.546.880,00, por ações da Átila Holdings, ao valor de R\$ 49.695.130,40. A diferença de R\$ 440.551.265,60 irá constituir o ágio Átila.
26/12/2007	Cisão parcial de Átila Holdings, com incorporação da parcela cindida pela interessada, que passa a amortizar o ágio Átila.

- b) Nessa senda conclui, nos termos dos arts. 385 e 386, ambos do RIR/99, que, (...) *no caso vertente, inexistente demonstração efetiva da origem do ágio, dado que não se comprovou pagamento pela aquisição das ações envolvidas nesta negociação, resultando o ágio da mera diferença de valores alegadamente permutados. Isto porque, como visto, a interessada, desde antes de 16 de novembro de 2006, era, ainda que indiretamente, possuidora de ações da CPFL Energia, dada sua condição de acionista da VBC Participações – ações estas que lhe foram repassadas nesta mesma data. Em sequência, para gerar o pretense “ágio”, a interessada repassou, em escassos 28 dias (em 14 de dezembro de 2006), as mesmíssimas ações a Brumado Holdings, pelo valor de R\$ 468.546.880,50, para, no dia seguinte, ceder ações da Brumado Holdings – valendo R\$ 468.546.880,50 – em troca de ações da Átila Holdings, que valiam apenas R\$ 49.695.130,40. A diferença de R\$ 440.551.265,60 irá constituir o ágio Átila, que será absorvido e deduzido pela interessada a partir de 26 de dezembro de 2007. Arremata asseverando que restou evidenciado (...) que tudo não passou de um acerto de contas inter pares, sem verdadeiro propósito negocial; (g.n.)*

- c) (...) *Nota-se que as ações da CPFL Energia, como aves de arribação, simplesmente adejaram entre as pessoas jurídicas envolvidas, pousando aqui e ali, até nidificarem junto à interessada, sem jamais sair de seu aconchegante habitat, formado por estas empresas. Destarte, diferente do que se entende de ágio que, no ambiente de interesses opostos, resulta na exigência do vendedor a ser satisfeita pelo comprador para que a negociação se conclua, (...) no caso vertente, o que se viu aqui foi uma **sucessão de transferências de titularidade e reestruturações empresariais ditadas pelas conveniências gerenciais das pessoas jurídicas envolvidas**, sem que existisse semelhante tensão, pois tudo transcorreu não entre oponentes (aqui, com o significado restrito de “aqueles que têm interesses opostos”), mas **entre parceiros, cujos objetivos são coincidentes** (e não contrapostos); **(g.n.)***
- d) (...) *Assim, a aquisição das ações de Átila Holdings S.A. por parte da interessada não nasceu de um intuito de ganho financeiro, mas da necessidade de satisfazer um de seus sócios, que desejava afastar-se de um “investimento conjunto”. Desta forma, o estabelecimento do assim dito ágio não precedeu a negociação, como sua condicionante, mas decorreu dela, como simples consequência, derivada de uma exigência contábil, como admite a interessada; **(g.n.)***
- e) (...) *Ou seja, a aquisição deste título mobiliário se daria de todo modo, com este **acréscimo, sem este acréscimo, ou apesar deste acréscimo**. Logo, este plus não pode ser considerado ágio, ainda que assim seja contabilmente classificado, podendo – quando muito – ser visto como um **caso particular de ágio interno**, uma vez que todas as operações se deram intra muros, envolvendo apenas e tão somente os grupos empresariais Camargo Corrêa, Bradesco e Votorantim, sem que as forças do mercado, alheias a este collegium de pessoas jurídicas, tivessem qualquer influência no preço das ações; **(g.n.)***
- f) *Dentre as condições e requisitos para amortização das despesas com ágio, previstos no art. 386, do RIR/99, (...) deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito comercial e substrato econômico a justificar a sua origem;*
- g) (...) *Além de todo o exposto, a operação em foco apresenta características no mínimo intrigantes, como a incapacidade de VBC Energia de localizar o “livro registro de transferência de ações da empresa VBC Participações S.A.” ou a apresentação pela impugnante de documentos também relativos à entrega de ações incompletos ou não assinados nem autenticados (fls. 536 e 537), **evidenciando que tudo não passou de uma operação ficta a tal ponto que seus participantes (quase se diria comparsas) consideraram despicienda sua formalização**. Somem-se a isto tantas outras estranhezas, como o súbito desvanecimento de VBC Participações em 28 de novembro de 2006, reabsorvida por seus sócios, dentre os quais a interessada, apenas doze dias após alienar para esta as superavaliadas ações da CPFL Energia, e tem-se a visão de um cenário teatral que teima em apresentar-se como uma construção sólida; e **(g.n.)***

h) (...) *Desse modo, não pode fazer qualquer objeção à glosa destas despesas de amortização de ágio.*

A Recorrente apresentou Recurso Voluntário em desfavor da Decisão de piso, repisando as alegações meritórias carreadas na fase impugnatória e complementando-as com argumentações e fundamentos em favor de fortalecê-los. Destes merecem destaque:

a) No que toca à **origem do ágio**:

- i. (...) *Restou devidamente demonstrado e comprovado nos autos que a “origem do ágio” amortizado pela Recorrente está no **custo de aquisição das ações da Átila**, recebidas em troca das ações da Brumado em operação de permuta realizada entre **grupos econômicos distintos e independentes (de um lado, Grupo Camargo Corrêa, de outro, Grupo Bradesco)**, que por força de legislação legal expressa (**Decreto-lei nº 1.598/77, art. 20, incisos I e II**) deveria obrigatoriamente ser **desdobrado na contabilidade em valor do patrimônio líquido e ágio**. (...) Para que não se tenha dúvida acerca do custo de aquisição das ações da Átila, a legislação do Imposto de Renda, em diversos dispositivos legais, prevê que **em operações de permuta o custo de aquisição dos bens recebidos (Ações da Átila) correspondente ao valor dos bens dados em troca (Ações da Brumado)**;*
- ii. (...) *não se sustenta na realidade dos fatos a alegação fiscal, repetida pela r. decisão recorrida, de que a Recorrente não teria comprovado a entrega das ações vendidas pela VBC-P à Recorrente, em razão da não apresentação do livro de registro de transferência das ações, e de supostas falhas formais verificadas na documentação apresentada, visto que (...) a Recorrente apresentou à fiscalização a Ordem de Transferência de Ativos Escriturais/Nominativos Negociados Fora de Bolsa de Valores (fl. 536). Apesar deste documento não estar assinado, por se tratar da via que ficou em seu poder, a Recorrente também apresentou o extrato emitido pelo Banco Bradesco S/A, instituição” custodiante das ações da CPFL-E (fl. 576), documento hábil a comprovar a propriedade das ações, nos termos do art. 31 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 10.303, de 31/10/2001;*
- iii. (...) *Não há que se cogitar no caso concreto em “artificialidade” no que respeita ao **custo das ações da Brumado**, uma vez que **o mesmo corresponde ao valor efetivamente pago pela Recorrente na aquisição das ações da CPFL-E, determinado em função de avaliação feita pelo Banco Pactual com base na metodologia do fluxo de caixa descontado (expectativa de rentabilidade futura)**;*

b) Quanto a acusação de que se tratou de **ágio interno**:

- i. (...) *Embora a compra e venda das ações da CPFL-E tenha se dado entre sociedades ligadas, assim entendidas a pessoa jurídica (VBC) e sua acionista (Recorrente), sendo certo que esta isoladamente não detinha o controle daquela, **a adoção do***

preço de mercado daquelas ações era obrigatória, por força dos arts. 60 e 62 do Decreto-lei nº 1.598/77, que regulam as hipóteses de Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL);

- ii. (...) *A própria fiscalização reconhece que o preço de compra das ações da CPFL-E foi liquidado mediante compensação com crédito de dividendos a receber (já deliberados) e assunção de dívida da credora, sendo, pois, inconteste o efetivo sacrifício patrimonial do comprador (Recorrente);*
 - iii. (...) *Nesse contexto, considerando que (a) o “ágio Átila” foi reconhecido em operação de permuta envolvendo grupos econômicos distintos (Camargo Corrêa e Bradesco); e (b) o custo contábil das ações da Brumado, que representou o custo de aquisição das ações da Átila nessa operação, teve por lastro o preço das ações da CPFL-E efetivamente quitado e apurado em virtude da observância dos arts. 60 e 62 do Decreto-lei nº 1.598/77, não se sustenta a alegação fiscal de que no caso concreto se estaria diante de “ágio interno”;*
 - iv. (...) *Ainda que se tratasse de “ágio interno” (ou “intragrupo”) na linha da acusação fiscal, o que se admite apenas para fins de argumentação, na esteira do entendimento jurisprudencial pacífico, antes da Lei nº 12.973/14, inexistia base legal que restringisse o aproveitamento do ágio apenas quando gerado em operações envolvendo partes não dependentes;*
- c) **No que tange a acusação que careceu de propósito negocial:**
- i. (...) *A própria fiscalização reconhece nestes autos que as operações em questão foram realizadas para viabilizar a retirada do Grupo Bradesco do empreendimento que este grupo econômico possuía em conjunto com a Recorrente (Grupo Camargo Corrêa) e Grupo Votorantim, sendo incontestável portanto que tais operações possuíam propósito negocial de caráter não tributário, o que “data venia” revela a inconsistência e incoerência da alegação de falta de propósito negocial daquelas operações. Ademais, assevera que, mesmo que se entenda diferente, a suposta ausência de propósito negocial das operações realizadas não serve de justificativa válida para glosar a amortização do ágio apurado na permuta de ações, por absoluta falta de fundamento legal, (...) conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.446 e pela remansosa jurisprudência desse E. CARF;*
 - ii. (...) *Como se vê, na visão do Sr. Fiscal autuante, o ponto central da discussão a respeito do propósito negocial das operações realizadas reside no fato de que a Recorrente adquiriu de sua controlada, VBC-P, ações da CPFL-E por valor supostamente “superestimado/superfaturado. (...) Outrossim, não se pode perder de vista que a operação de compra e venda realizada em conformidade com os dispositivos regulamentares acima citados, isto é, tomando por base o valor de*

mercado das ações, no caso concreto acarretou para o vendedor (VBC-P) a apuração de ganho de capital, no montante representativo de R\$ 995.732.356,06, que foi computado na apuração do lucro real (DIPJ 2006, Ficha 06A, Linha 42 – fl. 2353);

- iii. (...) *Além disso, não há que se falar em “súbito desaparecimento da VBC Participações” como sendo uma etapa da reestruturação societária desprovida de propósito negocial, na medida em que este ato societário teve por objetivo simplificar a estrutura societária dos investimentos no setor de energia elétrica que passaram a ser detidos em conjunto pelos Grupos Camargo Corrêa e Votorantim;*
- iv. (...) *Por outro lado, não se pode dizer que o parágrafo único do art. 116 do CTN teria introduzido em nosso ordenamento jurídico uma regra genérica “antielisão”, que permitisse ao Fisco desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados, como muito bem observado pela Ministra Carmém Lúcia, relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446. (...) Some-se a isso que a redação do parágrafo único do art. 116 do CTN evidencia claramente que se está diante de uma norma de eficácia limitada, tendo em vista que a sua aplicação depende de lei ordinária, que discipline os procedimentos para a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos nas hipóteses ali especificadas;*
- v. (...) *Sendo assim, não há dúvida de que os agentes fiscais não podem desconsiderar os negócios jurídicos da forma em que realizados, pela simples suposta falta de propósito negocial, especialmente em casos como o presente em que a fiscalização não apontou qualquer indício, muito menos elemento de prova, de fraude ou simulação em tais operações, como expressamente reconhecido pelas decisões administrativas. Neste ponto, cita diversos precedentes do CARF que corroboram com a sua aceção.*

Antes de nos inclinarmos na análise detalhada das questões relacionadas comprovação da origem do ágio questionado, a ausência de propósito negocial e à constatação de ágio interno, que fundamentaram as glosas das despesas com amortização dos ágios combatidas, cotejando as argumentações dos litigantes com a dogmática, doutrina e jurisprudência administrativa consolidada que abarcam os temas, peço vênia para, em primeiro lugar, expor sobre as condições e requisitos que envolvem a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei 9.532/97, que disciplinavam o tema à época dos fatos geradores.

3.2.2 DAS CONDIÇÕES E REQUISITOS QUE ENVOLVEM A DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO, NOS TERMOS DOS ARTS. 7º E 8º, DA LEI 9.532/97

De início, podemos conceituar contabilmente o ágio, antes do advento da Lei 12.973/14, como a diferença entre o custo de aquisição de uma pessoa jurídica e o valor contábil do investimento. Tal **custo é realizado no presente com intuito de gerar um resultado no futuro**. Esse registro visa respeitar o princípio da correspondência entre receita e despesas, que possibilita que a empresa recupere o custo do ágio por meio de sua amortização conforme o resultado futuro se concretize.

Nessa quadra, ao utilizar o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), os efeitos de equivalência patrimonial são anulados pelo registro da despesa de amortização do ágio. Isso implica que o aumento do valor patrimônio líquido (PL) da controlada não ocorre por acréscimo de patrimônio, mas pela recuperação de um custo passado, ajustando as contas relacionadas ao ágio em prol de refletir o valor do investimento.

Destarte, no que toca ao **tratamento contábil do ágio**, trata-se de um ajuste de custo de aquisição de investimentos, considerando que a amortização do ágio reduz o valor do ativo investido e ajusta o PL da controladora. Assim a inclusão do ágio já amortizado no cálculo do custo de aquisição poderia gerar duplicidade e, por isso, apenas o ágio não amortizado deve ser considerado.

Ademais, não podemos deixar de registrar que, por ser um ajuste contábil, a **amortização do ágio é neutra em termos patrimoniais e fiscais, e não deve gerar efeitos tributários enquanto a receita de equivalência patrimonial não for tributada**. Portanto, o valor do ágio amortizado deve ser deduzido do PL e, para fins fiscais, a despesas de amortização do ágio só terá impacto se a receita de equivalência patrimonial for tributada. Aqui peço vênua para colacionar as palavras de Jose Luiz Bulhões Pedreira⁵ que ratificam a sobredita ilação:

Determinação do Lucro Real – As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio são em regra excluídas do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro real, porque têm a natureza de ajustamento (em função do capital aplicado na aquisição do investimento) da participação nos resultados da controlada ou coligada, que a investidora reconhece nas suas contas de resultado em decorrência do ajuste do valor de patrimônio líquido do investimento. Se o ajuste no valor do investimento não é computado na determinação do lucro real, a amortização do ágio ou deságio também não deve ser computada.

A contrapartida da amortização desempenha essa função na medida em que os valores que serviram de fundamento ao ágio ou deságio são realizados nos exatos montantes previstos. Assim, por exemplo, se a investidora pagou 100 de ágio pela totalidade das ações de uma companhia que tinha em determinado bem do seu ativo potencial de 100, quando esse lucro for realizado pela companhia será reconhecido nas contas de resultado da investidora através do ajuste no valor de patrimônio líquido da subsidiária. O débito da amortização do ágio nas contas de resultado da investidora compensa o ajuste no valor de patrimônio líquido,

⁵ In: _____. Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC. Ed. 1979. pp. 539/540.

impedindo que a investidora reconheça como lucro do exercício o que é recuperação de capital aplicado na aquisição do investimento. O mesmo ocorre no caso de deságio que corresponde a prejuízo potencial: a amortização do deságio é crédito às contas de resultado que impede a investidora de reduzir o lucro líquido do exercício em função de prejuízo da controlada ou coligada do qual não participa, porque excluído do valor da participação societária por ocasião da aquisição. (g.n.)

Prosseguindo, no tocante ao tratamento fiscal do ágio, é salutar mencionar que, antes do advento da Lei nº 9.532/97, era regido apenas pelos arts. 20, 25 e 33, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730/79⁶ -

⁶ Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

§ 1º A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo somente será computada na determinação do lucro real pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte:

a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou

b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens.

§ 2º As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

(...)

Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte;

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º Serão computados na determinação do lucro real:

levando-se em conta os fatos aqui guerreados, consideraremos os textos dos artigos mencionados antes de terem suas redações alteradas pela Lei nº 12.973/2014. Em breve resumo, dispunham que as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, quer dizer, eram INDEDUTÍVEIS, salvo quando compunha a base de cálculo, à título de custo, para fins de apuração do ganho de capital, quando da alienação ou liquidação do investimento, em coligada ou controlada, avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

O art. 385, do RIR/1999⁷, era basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Os preceptivos preveem que o apontado ágio deve ser alicerçado em pelo menos um dos **três fundamentos econômicos**: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) **expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros**; ou c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Para melhor esclarecimento sobre as espécies de ágio, é engrandecedor citarmos lições de Jose Luiz Bulhões Pedreira⁸:

Como os bens do ativo são registrados na contabilidade pelo custo histórico, é comum que a pessoa jurídica investidora se disponha a pagar pela participação

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

⁷ 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).

⁸ Op. Cit. pp. 516, 533/534.

societária valor superior ao de patrimônio líquido contábil. Esse ágio é preço pago pelos lucros potenciais contidos em determinados bens do ativo da coligada ou controlada. Nesse caso, o fundamento do ágio deve ser especificado nos comprovantes do desdobramento para que, quando a coligada ou controlada realizar esses lucros, a investidora possa reconhecê-los na escrituração como recuperação de custo, e não como participação em lucro.

--- omissis ---

Ágio é a parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao direito de participar em valores da controlada ou coligada que não se acham registrados na sua escrituração.

Assim, o ágio cujo fundamento é a diferença entre o valor de mercado e o contábil de determinados bens do ativo da afiliada é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar em lucros potenciais, ainda não reconhecidos pela afiliada. O ágio cujo fundamento é o valor de rentabilidade da afiliada superior ao valor de patrimônio líquido contábil é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar nos lucros previstos. O ágio cujo fundamento econômico é fundo de comércio ou marca comercial ou industrial é preço pago pela investidora para adquirir o direito de participar do valor desses intangíveis da afiliada, que não se acham registrados na sua contabilidade.

Sempre que seu fundamento é identificado e quantificado, o ágio deve continuar registrado como elemento do ativo da investidora enquanto existir, na controlada ou coligada, o valor que o justificou, ou seja, que constitui (indiretamente) o objeto da aplicação de capital. À medida em que a afiliada realiza esse valor, a investidora recupera (através da participação nos lucros) o capital aplicado; e se a afiliada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado. (g.n.)

Prosseguindo, ambas as disposições legais, ao afirmarem que o destinatário das regras é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial, segundo o qual as variações nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora, disciplinados, sob o prisma fiscal, nos arts. 387 a 389 do RIR/1999⁹.

⁹Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;
(...)

O art. 389 do RIR/1999 determina que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa, embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora. Caso a investidora tenha registrado ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou. Mas como foi tributada somente na coligada ou controlada, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora.

Conforme já pontuado, repetindo o texto do art. 25, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o art. 391, do RIR/1999¹⁰, **estabelece que a regra geral é da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora quando avaliado o investimento pelo método de equivalência patrimonial.**

Contudo merece registro que há duas exceções a premissa lógico-jurídica de EXCEPCIONALIDADE do aproveitamento fiscal do ágio. **A primeira é indicada pelo próprio art. 391:** o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999¹¹, que reproduz o disciplinado no art. 33, do Decreto-Lei nº 1.598/77, e complementa. Repiso, **diz respeito à apuração de ganho ou perda de capital.** Quer dizer, se o investimento que deu causa à "mais valia" ou "menos valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio, respectivamente, registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação.

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

(...)

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

(...)

¹⁰ Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

¹¹ Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

No que tange a primeira exceção, merece transcrever trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹²:

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

Quanto a segunda exceção, que nos interessa mais diretamente, refere-se a transformações societárias envolvendo pessoas jurídicas, onde uma detém a participação na outra adquirida com ágio, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Nessa toada, com a publicação da Lei nº 9.532/97, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º, com redação dada pela Lei nº 9.718/98¹³ - que foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386¹⁴ (que faz referência expressa a dispositivos do art. 385) -,

¹² ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

¹³ 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)

(...)

§ 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;

(...)

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. (g.n)**

¹⁴ 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;

regulamentados pela Instrução Normativa - IN SRF nº 11, de 10 de fevereiro de 1999 – revogada pela IN RFB nº 1.928/2020 - percebeu-se no mundo jurídico significativas alterações legislativas, nascendo no âmbito tributário a **possibilidade de amortizar o ágio surgido na aquisição de participação societária, cujo fundamento econômico tenha sido a expectativa de resultados futuros, da coligada ou controlada, desde que o patrimônio seja absorvido por outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**. Ademais, o art. 8º, da Lei nº 9.532/97, estende a autorização em comento para as situações de **incorporação às avessas**, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Acerca dessa outra forma de aproveitamento do ágio, novamente nos socorremos dos ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹⁵:

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

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio:

--- omissis ---

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

(...)

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

(...)

§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).

¹⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 473/480.

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

(...)

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

Nessa linha intelectual, extrai-se das normas supra, que é introduzido no normativo pátrio a segunda exceção à indedutibilidade das amortizações de ágio, autorizando que sejam consideradas na apuração do lucro real, nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão. A referida dedução deveria ser feita com base nos valores registrados na contabilidade, visto que os valores do ágio por rentabilidade futura deveriam ser contabilizados em conta do Ativo Diferido, tornando desnecessário o Lalur como bem esclarece o enunciado do art. 2º, da IN SRF nº 11/99.

Art. 2º O controle e as baixas, por qualquer motivo, dos valores de ágio ou deságio, na hipótese de que trata esta Instrução Normativa, serão efetuados exclusivamente na escrituração contábil da pessoa jurídica, não se lhes aplicando a norma do parágrafo único do art. 334 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto No 1.041, de 11 de janeiro de 1994 - RIR/94.

Havendo subsunção à previsão supra, ocasião em que a adquirente absorve patrimônio da adquirida, ou vice-versa, as amortizações serão dedutíveis à razão de no máximo um sessenta avos por mês do período de apuração. Este prazo poderá ser superior a sessenta meses, inclusive podendo ser o prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público, consoante enunciado do § 5º, do art. 1º, da IN SRF nº 11/99.

§ 5º A amortização a que se refere a alínea "a" do inciso II do § 3º, observado o máximo de 1/60 (um sessenta avos) por mês, poderá ser efetuada em período maior que sessenta meses, inclusive pelo prazo de duração da empresa, se determinado, ou da permissão ou concessão, no caso de empresa permissionária ou concessionária de serviço público.

Pelo exposto, resta hialino que a possibilidade de dedução das amortizações em caso de incorporação é uma exceção à regra da indedutibilidade e, como tal, deve ser interpretada com a devida acuidade, de modo que se aplique somente aos casos que o legislador pretendeu desonerar.

Neste ponto, peço vênia para discordar do entendimento daqueles que defendem que a sinalada dedução trata-se de uma benesse tributária – benefício fiscal - e, por conseguinte, sobre ela recairia o pressuposto de observância estrita dos requisitos legais, típica das situações em que há qualquer espécie de renúncia fiscal, expressamente prevista no art. 111 do CTN¹⁶. Tal ilação está alicerçada no fato dos benefícios fiscais, albergados pelo apontado preceptivo, ser concedido com base em características pessoais do Sujeito Passivo que o distingue dos demais, diferente do direito a amortização que não comporta essa distinção dentre os requisitos que possibilitam a dedução.

Para melhor esclarecimento sobre essa questão, apresento excertos do Acórdão nº 1201-006.257, cujo relator foi o Ilustre Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, que traz visão com a qual pactuo:

Aqui cabe uma digressão em relação ao entendimento trazido pela Procuradoria da Fazenda no sentido de que essa antecipação configuraria um benefício fiscal e, portanto, o texto legal deveria ser interpretado literalmente.

*Eu discordo desse entendimento, pois o **benefício fiscal é regra que faz uma distinção entre pessoas que, em princípio, deveriam ser tributadas pelo mesmo critério.** Tal distinção se justifica pela necessidade, por exemplo, de incentivar determinada atividade econômica ou incentivar o desenvolvimento de determinada região geográfica. Saliente-se que essa distinção tem caráter pessoal, razão pela qual exige um reconhecimento expresso por parte do Estado.*

Na lei que autoriza a antecipação da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não há uma distinção entre pessoas, seja pela sua localização, seja pela sua atividade econômica ou por outra característica pessoal. A hipótese legal da referida antecipação é a incorporação entre adquirente e adquirida, caso em que o ágio pago não poderia reduzir o ganho de capital apurado em futura liquidação da participação societária, pois o patrimônio de ambas se funde (confunde) com a incorporação e não há mais como apurar a equivalência patrimonial, necessária para o cálculo do ganho de capital. Para evitar essa possível perda, que desestimula as aquisições entre empresas, a lei criou uma nova hipótese de amortização do ágio, que não depende de uma liquidação do bem adquirido, mas apenas da sua incorporação ao patrimônio da adquirente e vice versa. Entendo que tal medida implementa uma política tributária que estimula a mobilidade econômica no âmbito corporativo, mas não se confunde com um benefício fiscal. Não é coincidência o fato de essa lei (Lei nº 9.532/1997) ter surgido no momento em que o Governo Federal estava realizando um amplo e profundo processo de privatização das empresas estatais,

¹⁶ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

assim necessitando que a iniciativa privada fosse estimulada a adquirir as empresas estatais colocadas à venda. (g.n.)

Nesse diapasão, partindo dos textos normativos – normas legais e infralegais, bem como contábeis - que dispõem sobre a escrituração do ágio e a sua possibilidade de uso como dedução do lucro, e tomando como lições decisões deste Tribunal, tanto da câmara alta como da baixa, alinho-me ao entendimento que devem ser considerados os requisitos, abaixo relacionados, quando da análise das operações societárias que dão origem ao ágio e, por conseguinte, legitimam a sua dedutibilidade:

- i. Avaliação do investimento baseada no Método de Equivalência Patrimonial – MEP, nos termos do art. 248, da Lei das S/A;
- ii. Operações com propósito negocial – Há necessidade da demonstração que a negociação envolveu outros motivos de natureza econômica, além da simples economia tributária. Ou seja, deve ser demonstrada a lógica econômica, a razão negocial que justificou a aquisição de um investimento por valor superior àquele que custou ao alienante e, portanto, deu origem ao ágio, respeitados os princípios da boa-fé e da função social da empresa;
- iii. Comprovação do sacrifício patrimonial – Deve estar comprovado nos autos que houve o efetivo sacrifício patrimonial para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente. Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada – desembolso de valores ou sacrifício de outros ativos à título de investimento - por alguma das pessoas jurídicas participantes da operação (em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido - desdobramento do custo de aquisição), cuja prova é robustecida caso demonstrado o auferimento do ganho de capital por parte da vendedora. De outro giro, se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma delas, quer dizer não houve o esperado sacrifício econômico ou financeiro, não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio em questão;
- iv. Confusão patrimonial entre as pessoas jurídicas adquirente e adquirida – Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelas positavações multicitadas, a pessoa jurídica que concretamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da adquirente pela adquirida) ou ser incorporada pela adquirida (incorporação "às avessas"). Quer dizer a desoneração é prevista, portanto, exclusivamente para a hipótese em que uma empresa deixa de existir em razão do evento societário. Desse modo, ao compartilharem o mesmo patrimônio, há harmonização das contas entre a investidora e a investida e consolida-se o cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento, baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação

- permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia";
- v. Existência de demonstração que o fundamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura – Nos termos do inciso II, alínea “b”, e § 3º, ambos do art. 20, do Decreto-Lei nº 1.598/77, demanda-se, em favor de corretamente configurar o valor do ágio que pode ser escriturado, que exista, no momento da aquisição, um instrumento – devido a falta de disciplina o contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada – que revele o valor da rentabilidade futura do investimento para fins de formação do ágio e sirva como documentação dessa motivação; e
- vi. Operação deve ser realizada entre partes independentes: Embora nos debruçaremos sobre este requisito com maior profundidade quando tratarmos do ágio interno, partindo da premissa lógico-jurídica de que a dedução das despesas com amortização do ágio é uma exceção, pois a regra é a indedutibilidade, o dispêndio correspondente ao ágio oriundo das operações entre partes relacionadas – “ágio interno” ou “ágio de si mesmo” – é indedutível: primeiro, face não restar evidenciado nesses casos o **princípio arm’s length**, presente em várias normas do sistema jurídico nacional, o qual é exigido para a oponibilidade dos efeitos das operações negociais, notadamente intragrupo, com intuito de impedir artificialidades e abusos; segundo, pelo fato de só haver **preço (custo) pago** e, por consequência, **aquisição**, quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito; e, terceiro, por só haver **ágio por rentabilidade futura** quando um terceiro reconhece esta possibilidade – lucro que se espera vir a ser auferido no futuro - e por ela antecipadamente paga.

Conclui-se da sobredita exposição que, nos termos dos arts. 7º e 8º, da Lei nº 9.532/97, é essencial a verificação do pleno preenchimento dos requisitos elencados para que seja legitimada a escrituração do ágio e a dedutibilidade das despesas decorrentes da sua amortização.

Dessarte, referenciado neles que vamos alicerçar nossa análise a seguir, **respeitando o princípio de adstrição do julgador aos limites da lide**, no que toca aos pontos fulcrais que justificaram as glosas combatidas: comprovação da origem do ágio questionado, a ausência de propósito negocial e, notadamente à constatação de ágio interno.

Nessa linha, em benefício de propiciar maior robustez e coerência à nossa apreciação, a seguir trataremos especificamente do **ágio interno** sob os prismas dogmático – no tocante as normas vigentes à época dos fatos geradores sob julgo -, jurisprudencial e doutrinário, posteriormente detalharemos as **operações realizadas**.

3.2.3 DA REPULSA AO ÁGIO INTERNO

Uma das razões que justificaram as glosas combatidas foi a constatação pelo Fisco, ratificada pela decisão de piso, de que o ágio questionado foi originado em operação realizada entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, o denominado ágio interno ou “ágio de si mesmo”.

Nessa quadra, não obstante admitamos que, até o advento da Lei nº 12.973/14, não havia no ordenamento jurídico brasileiro exigência expressa que as operações societárias fossem realizadas entre partes independentes em favor de legitimar a dedução das despesas com amortização do ágio, não podemos obliterar que até a edição da Lei nº 9.532/97, as contrapartidas de amortização do ágio ou deságio não eram computadas na determinação do lucro real, quer dizer, eram INDEDUTÍVEIS, salvo quando compunha a base de cálculo, à título de custo, para fins de apuração do ganho de capital, quando da alienação ou liquidação do investimento, em coligada ou controlada, avaliado pelo MEP. Digo, **no caso das despesas com amortização do ágio, a regra é a indedutibilidade.**

Tomando como premissa essa linha de raciocínio, e em favor de tonificá-la, é construtivo demonstrarmos que, antes da vedação legal destacada, as restrições com respeito ao reconhecimento do ágio interno é questão pacificada no âmbito das normas contábeis. Assim, com este propósito trago os fundamentos expressos no voto vencido do Acórdão nº 9101-006.358, de autoria da ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, que bem representa minha compreensão em relação às amortizações do ágio interno, e, conseqüentemente, quanto à dedução dos juros sobre o capital próprio decorrente da escrituração dessa espécie de despesa:

A jurisprudência deste Conselho está consolidada neste mesmo sentido de que não há qualquer substância econômica nos valores que, ao final de operações desta espécie, passam a reduzir as bases tributáveis da autuada, independentemente da vedação posteriormente veiculada na Lei nº 12.973/2014 ou da “opção legal” que a Contribuinte vislumbra no art. 36 da Lei nº 10.637/2002. Veja-se, inclusive, que o primeiro dos paradigmas indicados em ambos, Acórdão nº 1301-001.299, já foi reformado por esta 1ª Turma posteriormente à interposição do recurso especial, nos termos Acórdão nº 9101-003.077, que reproduz o entendimento deste Colegiado acerca destas operações desde a edição do Acórdão nº 9101-002.300, de 7 de abril de 2016.

Na sequência são transcritas as razões de decidir expressas pela ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101-002.388 (“Caso Gerdau”), cujos fundamentos, aqui adotados, refutam os argumentos de defesa da Contribuinte:

O argumento de que como o legislador não vedou o ágio surgido de operações intragrupo, tudo seria possível, é mais absurdo ainda, porque a Lei nº 9.532, de 1997 trata expressamente de participações adquiridas com ágio ou deságio e ágio pressupõe um pagamento (ou que se arque com um dispêndio) maior do que um valor contabilizado (como deságio pressupõe pagamento a menor), reforçando-se ainda, quando o caput do art. 7º faz referência ao Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o qual, também de forma expressa, define o ágio como diferença entre custo de aquisição e o valor do PL ao tempo dessa aquisição:

Lei nº 9.532, de 1997

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

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

Decreto-lei nº 1.598, de 1977 (redação vigente ao tempo dos fatos geradores)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

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

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

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

b) DATA-BASE

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

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

(...)

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

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

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

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

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

CONTABILIZAÇÃO

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

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

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

(...).

11.7.6 Ágio na Subscrição

(...)

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

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

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

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

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

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

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando

da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

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

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

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

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

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

*“Para admitir-se o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, deve-se enxergá-la tecnicamente, abstraindo outras questões, similarmente a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social. Poder-se-ia advogar que seu registro encontra amparo no fato de haver uma evidência persuasiva de sua substância econômica: um diploma legal que corrobora o seu surgimento. E ainda dentro dessa corrente de pensamento, seria admitido como critério de mensuração contábil inicial, por analogia, o mesmo dispensado a um ativo fiscal diferido advindo de estoques de prejuízos fiscais e de bases negativas de contribuição social, qual seja, **mensuração a valores de saída**, utilizando o método do fluxo de benefícios futuros trazidos a valor presente, no limite de benefícios nominais projetados para dez anos.*

*Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxergá-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a **mensuração a valores de entrada**, não se admite o*

reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade.

(...)

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

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

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

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

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

Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).

Atualmente, o art. 36 da Lei nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de

publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."

Convém observar que tudo isso foi escrito antes mesmo da MP nº 627, de 2013!

É importante também destacar que o próprio Conselho Federal de Contabilidade estabeleceu, por meio da Resolução nº CFC nº 750, de 1993, que as essências das transações devem prevalecer sobre a forma, e que a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser efetuada com base nos valores de entrada, considerando-se como tais aqueles resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, senão vejamos:

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

"120. O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais.

Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, 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. (Grifei)

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

Objetivo

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

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

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

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

.....

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

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

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

(...)

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

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

EM nº 00187/2013 MF

Brasília, 7 de Novembro de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

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

1. A Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 Lei das Sociedades por Ações, modificando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS. A Lei nº 11.941, de 2009, instituiu o RTT, de forma opcional, para os anos-calendário de 2008 e 2009, e, obrigatória, a partir do ano-calendário de 2010.

2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na

Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.

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

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

(...)

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

(...)

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

32. As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecido como goodwill. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (goodwill) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com goodwill, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece que a dedutibilidade do goodwill só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes. (Grifei)

(...)

Em prol de contribuir para nosso intento – demonstrar a repulsa dos princípios e normas contábeis ao reconhecimento do ágio interno e as repercussões, independentemente da

vedação posteriormente veiculada na Lei nº 12.973/2014 – colaciono a este voto a brilhante exposição do ilustre Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, parte integrante do voto condutor do Acórdão nº 1201-007.039, onde além de demonstrar que os princípios e normas contábeis sinalados encontram guarida na Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), traz outras pontuações sobre o tema cujos fundamentos adoto:

(...)

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

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

(...)

§ 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados. (grifei)

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

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

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

(...)

Ainda sobre o tema, acrescenta o nobre Conselheiro:

(...)

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

*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. (g.n.)***

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

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

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

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

(...)

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 FINECAFI (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 atuado pela indevida dedução de tal valor propale como propósito negocial seu aquilo que, em verdade, consistiu em interesse imediato do grupo econômico e mediato de suas entidades controladoras.

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

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

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

No que toca à jurisprudência prevalente sobre o tema, importa destacar que é argumento comum dos defensores da legitimidade do ágio interno, citar o acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ, no REsp 2.026.473/SC, como ilustração de entendimento perfilhado pelo

Poder Judiciário em favor da dedutibilidade do ágio gerado entre partes relacionadas, antes da vigência da Lei 12.973/2014. Entretanto, verifica-se que mais recentemente, a Segunda Turma, ao apreciar o REsp 2.152.642/RJ, assentou orientação divergente no âmbito da Primeira Seção do STJ. Confira-se a ementa:

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. ÁGIO. LEI N. 9.532/1997. DEDUÇÃO. ABUSO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O ordenamento jurídico brasileiro passou a tratar da figura do ágio por meio do Decreto-Lei n. 1.598/1977, podendo ser conceituado como preço adicional ao custo de aquisição de participação societária, representado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor contábil do investimento adquirido, justificada pela perspectiva de obtenção de receitas futuras. Em outras palavras, a empresa adquirente aceita pagar pela aquisição valor superior ao contabilizado no patrimônio líquido da empresa adquirida, considerando a expectativa de auferimento de lucros, que necessariamente deve ser justificada mediante demonstração contábil.

II - Sob as perspectivas contábil e societária, o ágio é passível de amortização na apuração de resultado da empresa investidora, impedindo o reconhecimento de ganhos inexistentes. Ou seja, a rentabilidade da sociedade adquirida não constituirá lucro da sociedade investidora até o montante equivalente ao ágio pago. Uma vez que, sendo neutralizado o ágio, os resultados positivos da empresa investida refletem no aumento do patrimônio da investidora.

Entretanto, sob a perspectiva fiscal, o ágio é tratado de forma distinta, uma vez que a legislação tributária impõe que todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e CSLL, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido. Paralelamente a isso, o registro contábil é preservado para futuro aproveitamento quando da alienação, momento em que é autorizada a integração do ágio ao custo de aquisição para apuração do ganho de capital. Exceção à regra ocorre apenas na hipótese em que a empresa investida é incorporada pela investidora, porque não mais subsiste a possibilidade de sua alienação, impossibilitando a recuperação fiscal do ágio em face dos itens patrimoniais da investida se fundirem e se confundirem com os da própria investidora.

III - Na exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, da qual se originou a Lei n. 9.532/1997, consta expressamente que o propósito era o de evitar as situações envolvendo planejamentos tributários abusivos, restringindo o tratamento tributário de ágio às hipóteses de casos reais. Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 foram inseridos no ordenamento jurídico pelo legislador com o fim específico de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por ela, sem que houvesse um propósito comercial que não fosse a geração de ganhos de natureza tributária.

IV - A Lei n. 9.532/1997 estabeleceu um caminho natural em que determinada empresa, adquirindo participação societária com ágio, ao incorporar a empresa coligada ou controlada, poderia amortizar esse valor de rentabilidade futura na base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos. Tudo isso com o objetivo específico de afastar da tributação o eventual ganho futuro que, em verdade, somente poderia ser aferido em posterior venda, frustrada pela extinção da empresa adquirida.

V - Toda a descrição do mecanismo de funcionamento da amortização do ágio conduz à ideia de que as normas estabelecidas buscavam regular operações societárias usuais, em que a dinâmica do mercado promovia um regime de circulação do capital e de potencialização de resultados nos diversos segmentos econômicos. Nesse contexto, as definições do Direito Empresarial são inarredáveis, especialmente as advindas com o Código Civil de 2002, no qual se conceitua o exercício da atividade empresarial como aquela atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966). Assim é que uma sociedade empresária não existe como um fim em si mesma. Independentemente da corrente que se adote a respeito do sentido da existência de uma personalidade jurídica diferente da personalidade das pessoas naturais dos sócios (se da ficção ou da realidade), fato é que uma empresa deve ter por objetivo, evidentemente, o exercício de atividades empresariais. Em outras palavras, não se concebe que o ordenamento tolere a existência de sociedades empresárias não direcionadas à prática econômica, ou seja, desprovidas de qualquer atividade empresarial.

VI - É importante cotejar a assertiva com a liberdade de contratar e de auto-organizar seus negócios de que qualquer cidadão é titular.

Não se trata de obstar o exercício de um direito, mas sim de coibir o denominado "abuso no exercício de direitos". Veja-se que o manejo das expressões não é mera logomaquia como pode parecer a uma análise mais superficial da questão. A diferença entre exercício de direito e abuso no exercício de um direito é assente na doutrina contratual já há muito tempo. Advém desta conjugação do exercício da atividade empresarial, por meio de pessoas jurídicas com o abuso na constituição de sociedades empresárias, a definição do chamado "abuso da personalidade jurídica", que pode se destinar a diversos objetivos, sempre antijurídicos, de maneira que a ilicitude se encontra caracterizada.

VII - No caso específico do ágio interno, ou ágio próprio, ou ágio de si mesmo, uma característica necessária é a inexistência de qualquer relação jurídica com membros que não fazem parte do mesmo grupo societário. É dizer, todas as operações acontecem entre partes vinculadas. Outro ponto indispensável para se caracterizar o ágio de si mesmo é a completa ausência de operação societária envolvendo a efetiva transferência de recursos financeiros. As transações precisam relacionar participações societárias cujo valor é atribuído em consenso entre as partes envolvidas que, em verdade, são exatamente a mesma pessoa nos dois polos da relação jurídica.

Finalmente, e este é um evento havido no caso concreto, o ágio interno pode ser gerado por meio de uma chamada "empresa veículo", cuja existência no mundo jurídico somente se justifica para criar a mais valia para o grupo societário.

Cuida-se de sociedade completamente desprovida de propósito negocial em absoluto descompasso com o regime do direito societário. Não há "empresa" nos termos definidos pelo Código Civil, porque não há exercício de atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços. E exatamente neste ponto pode-se identificar o abuso de direito caracterizado pelo abuso da personalidade jurídica. O próprio codex de 2002 fez questão de definir o abuso de direito como um ato ilícito em seu art. 187 (Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes).

VIII - Com efeito, não é demais asseverar que a função social da propriedade preconizada no Texto Constitucional irradia efeitos em diversos campos do direito privado, inclusive no Direito Empresarial. Tanto assim que é recorrente a utilização da "função social da empresa" como elemento indissociável da exploração da atividade econômica por uma sociedade. À evidência, uma empresa que não exerce nenhum objeto social não possui função social.

IX - Sobre o ágio interno e sua relação com o abuso de direito, é importante mencionar que este abuso, para que seja considerado antijurídico, demanda, para além da utilização de um instituto para fins aos quais o ordenamento não o destina, que esta utilização afete direito de terceiros, ainda que não haja a intenção de prejudicar por parte daquele que o exerce. A inexistência de direitos absolutos e a limitação destes direitos a partir do momento em que outros direitos ou prerrogativas são atingidos é lugar comum em assertivas gerais e abstratas, mas que encerram dificuldades quando é necessária a aplicação destas premissas nos casos concretos.

X - Sob essas lentes, data vênua, não são admissíveis as conclusões tomadas pelo Tribunal de origem e mesmo em precedente citado pela recorrida, nos quais se admite que a liberdade de auto-organização comporta a construção de estruturas artificiais para a economia de tributos. É evidente que não se está a defender o argumento pueril de que a economia de tributos só pode acontecer de maneira "casual".

O contribuinte pode sim organizar seus negócios de maneira a escolher o caminho menos oneroso tributariamente, desde que as estruturas jurídicas utilizadas se compatibilizem com o ordenamento jurídico, exatamente porque a liberdade contratual se limita aos termos em que o constituinte concebeu esta e outras prerrogativas. O que se impõe é pura e simplesmente o rule of law, consagrado no Texto Constitucional como o chamado "devido processo legal substantivo".

XI - O abuso de direito perpetrado com a criação de estruturas artificiais para aproveitamento do ágio e pagamento a menor de tributos agride a juridicidade do ordenamento. Para além do reconhecimento legal como ato ilícito previsto no art.

187 do Código Civil, o abuso de direito no caso encerra violação dos primados da capacidade contributiva, em sua condição de corolário da própria isonomia. Por esse motivo, o abuso de direito materializado na amortização de ágio gerado em operações internas, sem nenhum propósito negocial, desrespeitou o ordenamento jurídico vigente, ensejando a neutralização dos efeitos do ato abusivo pela autoridade fiscal. No caso, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos amortizados.

XII - Recurso especial provido.

(REsp n. 2.152.642/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/11/2024, DJe de 11/11/2024.)

Assim, a Segunda Turma do STJ reconhece o que vergastamos nesse tópico, quer dizer, independentemente da entrada em vigor da Lei 12.973/2014, o ordenamento jurídico já coibia a dedutibilidade do ágio interno, em razão de sua natureza artificial.

Ademais, sobre esse tema tem-se travado calorosos debates no âmbito deste Tribunal, em especial na Câmara Alta, e a indedutibilidade de ágios gerados em transações societárias similares tem sido mantida, conforme excertos de recentes ementas abaixo transcritas:

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

Ano-calendário: 2011

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 9101-006.888 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 02/04/2024)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

ÁGIO INTERNO - NÃO DEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum e as regras de preços de transferência não o validam. Afinal, se o chamado ágio interno não é admitido quando realizado por meio de operações realizadas exclusivamente dentro das nossas fronteiras, não faz sentido que possa ser considerado para fins de mitigação da tributação da renda no caso de transações internacionais com base em normas erigidas justamente com o propósito oposto, isto é, o de combater a erosão das bases de cálculo nacionais. (Acórdão 9101-007.073 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 06/08/2024)

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

ÁGIO INTERNO - NÃO DEDUTIBILIDADE

Não é dedutível a amortização de ágio interno, isto é, formado por meio de transações entre entidades submetidas a controle comum. (Acórdão 9101-006.843 – CSRF/1ª TURMA. Sessão de 05/03/2024)

Para arrematar, referenciado pelo racional exposto, além de restar inquestionável a histórica vedação do ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) pelas normas contábeis nacionais e internacionais, cuja aplicação encontra respaldo na Lei das S/A, bem como sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, é patente a carência de determinados requisitos e condições essenciais a legitimar sua dedução.

Primeiro, **falta-lhe substância econômica**, até porque na maioria das vezes, conforme na espécie, nem há desembolso que lhe dê suporte. Quer dizer, embora aparentemente, sob o prisma contábil, exista ganho de uma parte, este é neutralizado pela perda do outra. Nessa senda, em transações societárias intragrupo a fixação do preço superior ao valor do patrimônio líquido – na essência não passa de uma reavaliação do ativo -, embora irrelevante do ponto de vista econômico, é extremamente atrativo sob a perspectiva tributária, pois gera um ágio artificial enganosamente passível de ser deduzida da apuração do IRPJ e da CSLL.

Segundo, lastreado na acepção de que somente há **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, superior ao valor patrimonial desse investimento, e, por consequência, **aquisição**, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, **quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito**, não vislumbro a existência de ágio, cujo fundamento são **os resultados positivos da investida nos exercícios futuros**, sem que a transação societária se perfaça entre partes interdependentes, visto que **só um terceiro pode reconhecer esta possibilidade – lucro que se espera vir a ser auferido no futuro - e por ela antecipadamente pagar**.

Isto porque, não se coaduna com o apontado fundamento, quando a operação é realizada entre partes relacionadas, pois somente a vontade daqueles diretamente interessados na redução do lucro tributável é exteriorizada para afirmar que o investimento na empresa vale mais do que seu patrimônio líquido evidencia, e isto em razão dos lucros que irá auferir no futuro.

Nesse diapasão, não é necessário que a lei expresse claramente a necessidade de o ágio ser formado em aquisições com a intervenção de terceiros. **Este requisito integra a essência do ágio por rentabilidade futura**. Logo, sem a presença de terceiros, a rentabilidade futura, por carecer de substância econômica, somente passará a gerar efeitos patrimoniais para investidora e investida quando ela for efetivamente auferida.

À vista disso, conforme restou exaurido, a carência de substância econômica e a impossibilidade de ser fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, aliadas as demais características que depõem contra a dedutibilidade do ágio interno precedem as normas atualmente vigentes, bem como à própria legislação que instituiu regras de convergência

internacional. Desse modo, **os diplomas contemporâneos só vieram a corroborar, esclarecer e robustecer a indedutibilidade do “ágio de si mesmo”**.

Dessarte, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado, até porque, segundo exposto, com a entrada em vigor do CPC 15, aprovado em 03/06/2011, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum.

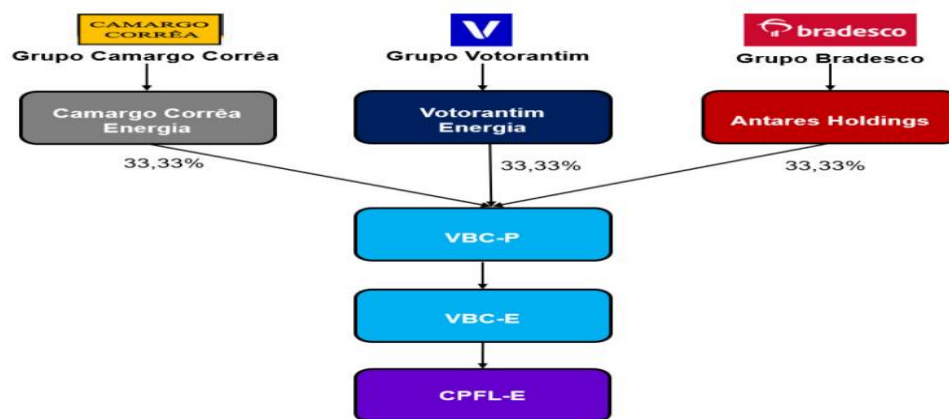
3.2.4 DAS OPERAÇÕES REALIZADAS

Conforme já posicionado, é essencial para resolvermos a contenda entender a integralidade da operação que culminou com a geração do questionado “Ágio Átila”. Nessa senda, anoto que a síntese das operações realizadas pelo grupo econômico VBC – formado pelos grupos empresariais: Camargo Corrêa (atual MOVER), Votorantim e Bradesco, apresentada pela MOVER não discrepa dos fatos relatados pela Autoridade Autuante, salvo pela maior riqueza de detalhes, portanto, em benefício do nosso intento, tomaremos como base os diagramas e organogramas carreados aos autos pela Defesa em ambas as peças recursais.

Inicialmente, é mister fazermos duas pontuações.

Primeiro, ser **inconteste para os litigantes que os sinalados grupos empresariais formaram o Grupo Econômico VBC** com intuito de investimento conjunto em empresas do setor elétrico, constituindo as **controladas: VBC Participações S/A - VBC-P e VBC Energia S/A - VBC-E** (observe que “VBC” são as iniciais dos grupos empresariais envolvidos), através das quais investiu especialmente na **CPFL Energia S/A – CPFL**. Vide excertos da peça impugnatória que ratificam nossa ilação e o correspondente diagrama representativo:

“os grupos Camargo Corrêa, Votorantim e Bradesco implementam uma estrutura de investimento comum para que pudessem investir em conjunto em empresas no setor elétrico” e, com tal propósito, “foram constituídas as sociedades VBC Participações S/A (‘VBC-P’) e VBC Energia S/A (‘VBC-E’), por cujo intermédio passou-se a “investir naquele setor, em especial, na CPFL Energia S/A (‘CPFL’), empresa consolidada na distribuição, geração e comercialização de energia elétrica”



Segundo, reside na constatação de que **não há qualquer refutação no que toca à percepção de que devido, no início de 2006, o Grupo Bradesco ter decidido se retirar da corporação, tornou-se necessária a realização de uma reorganização na estrutura de investimento outrora formada**, considerando a necessidade de disponibilizar ações livres e desembaraçadas da CPFL que pudessem ser alienadas pelo BRADESCO a terceiros, uma vez que parcela das ações da CPFL, detidas pela VBC-E – segundo diagrama supra, controlada indiretamente pelo aludido grupo através da VBC-P - estava bloqueada como garantia da permuta por ações assegurada aos subscritores das debêntures, notadamente o BNDESPAR.

Destarte, é curial registrar que **o Grupo Econômico VBC DECIDIU** sobre quais passos deveriam tomar em prol de viabilizar a saída do BRADESCO nos termos propostos, **dentre eles o passo que resultou no surgimento do questionado “Ágio Átila”**, quer dizer, segundo a MOVER a **PERMUTA** realizada entre as ações da CPFL livres e desembaraçadas, detidas pela Brumado Holdings S/A (controlada pela Recorrente juntamente com a Votorantim), e as ações da CPFL bloqueadas de propriedade da Átila Holdings S/A (controlada pelo Grupo Bradesco). Novamente, socorremo-nos de trechos da Impugnação e diagramas que corroboram com nossa dedução, **em destaque o passo (c)**:

[...] o Grupo Bradesco [...] decidiu abandonar o investimento conjunto até então mantido pelos três grupos econômicos, razão pela qual foi necessária a realização de uma reorganização da estrutura de investimento anteriormente instituída.

Com efeito, era necessário que o Grupo Bradesco saísse do investimento com ações livres e desembaraçadas da CPFL que pudessem ser alienadas pelo grupo a terceiros. Entretanto, conforme acima mencionado, parcela das ações da CPFL detidas pela VBC-E havia sido bloqueada como garantia da permuta por ações assegurada aos subscritores das debêntures (no caso, o BNDESPAR).

[...]

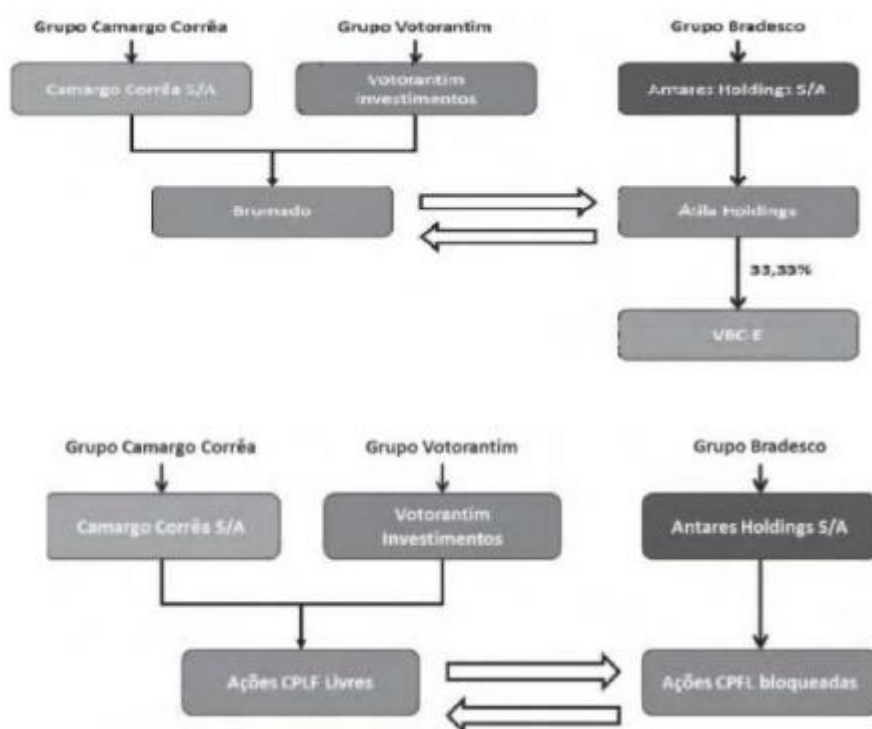
Assim, passado algum tempo discutindo-se qual seria a melhor forma de se implementar a saída do Bradesco, decidiu-se que a estrutura consistiria, essencialmente, nos seguintes passos:

(a) *Transferência pela VBC-E de ações ordinárias da CPFL, livres e desembaraçadas, à VBC-P;*

(b) *Alienação, pela VBC-P, das ações ordinárias da CPFL, livres e desembaraçadas, à Impugnante, à Votorantim Investimentos Industriais (Votorantim Investimentos) e à Antares Holdings Ltda. ("Antares" – entidade do Grupo Bradesco);*

(c) *Transferência, pela Impugnante e pela Votorantim Investimentos, de ações ordinárias da CPFL livres e desembaraçadas, ao Grupo Bradesco, em troca da participação correspondente às ações bloqueadas. (g.n.)*

[...]

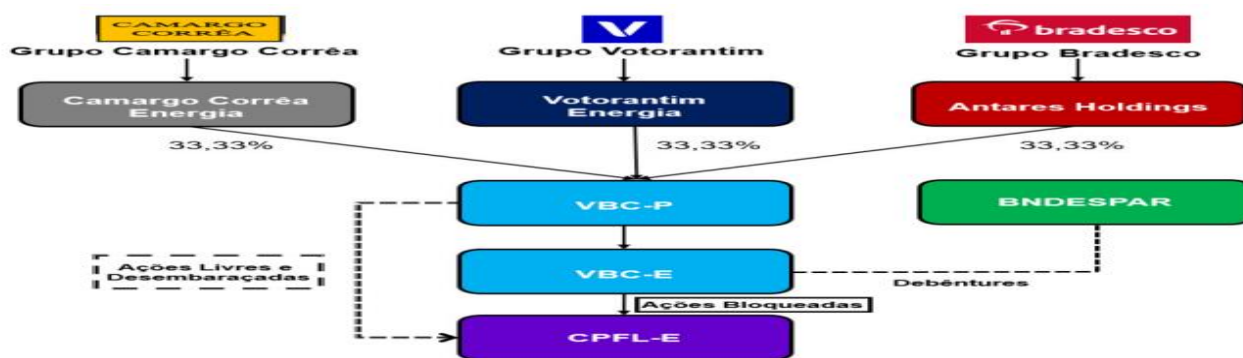


Feitas as sobreditas considerações, demonstraremos detalhadamente as operações societárias realizadas complementando com nossos comentários.

Como ponto de partida, é salutar reprimir que a **VBC-P** é controlada pelo Grupo Econômico VBC. A **VBC-P** é **única acionista e, por conseguinte, controladora da VBC-E – portanto, subsidiária integral da VBC-P** - detentora das ações da **CPFL**, das quais estavam bloqueadas 17.841.489 ações, como garantia da opção de permuta conferida à debenturista, no caso o BNDESPAR (subscritora da totalidade das debêntures).

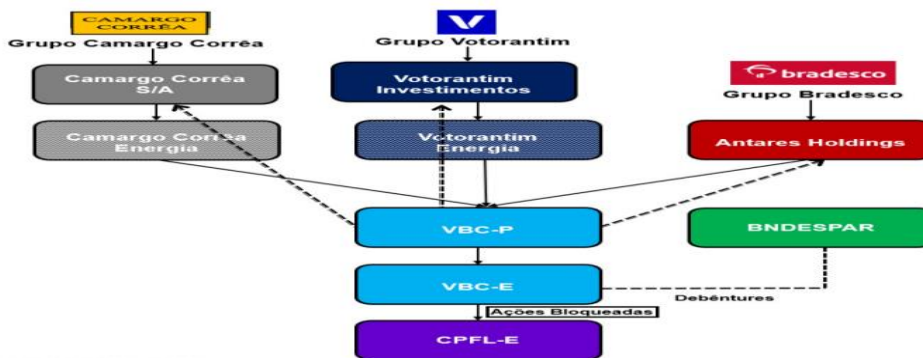
Nessa linha intelectual, seguem os passos:

1. **PASSO - 31/08/2006** - Redução do capital social da VBC-E com a entrega à VBC-P, de 43.886.842 ações livres da CPFL-E com base em seu **valor contábil**. Observa-se que são ações da CPFL que o colegiado VBC já detinham, apenas foram transferidas da VBC-E para VBC-P:

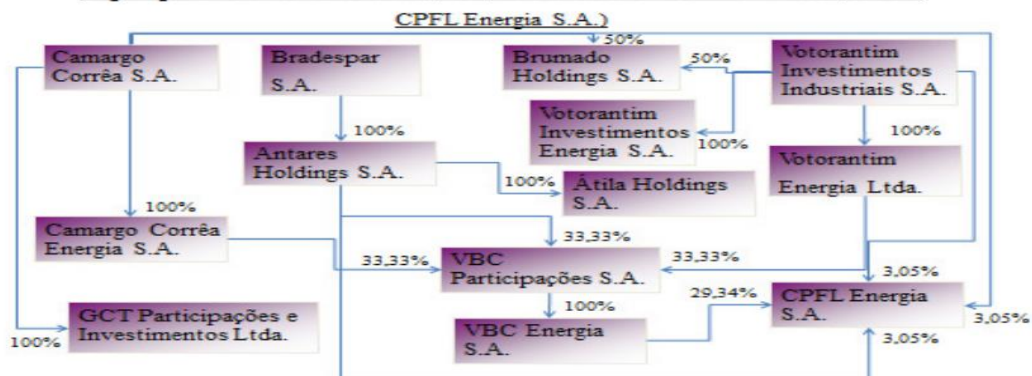


2. PASSO – 16/11/2006:

- i. A VBC-P, **repiso controlada pelo multicitado Grupo Econômico**, alienou para seus acionistas (proprietários adquirindo as próprias ações!!!) as 43.886.842 ações livres da CPFL-E recebidas da VBC-E, tomando por base o **valor econômico** dessas ações, obtido pela metodologia do Fluxo de Caixa Descontado, segundo laudo de avaliação elaborado pelo Banco Pactual S/A, às fls. 301/335, tendo sido adquiridas por cada um o correspondente a um terço, quer dizer 14.628.947 ações da CPFL-E ($43.886.842 \div 3$);
- ii. A apontada avaliação das ações da CPFL alienadas, se conformou a mercado, tendo como fundamento a suposta rentabilidade futura da avaliada, chegando a um valor por ação entre R\$ 32,78 e R\$ 35,80, muito superior ao valor de patrimonial unitário da mesma companhia, de R\$ 9,87, apurado em 30/06/2006;
- iii. Cada acionista passou a deter diretamente o equivalente à 3,05% das ações da CPFL;
- iv. No que tange à Recorrente, não houve desembolso – pagamento – pelas ações adquiridas, mas, conforme informado pela MOVER, o “sacrifício patrimonial” se deu (...) *na medida em que compensou parte desse preço com crédito relativo a dividendos cuja distribuição já havia sido deliberada e lhe eram devidos pela CCE, sendo a compensação forma de extinção de obrigações (Código Civil, arts. 368 a 380)*;
- v. **O valor de R\$ 504.698.671,50, correspondente a parcela da Recorrente, irá dar substância ao “Ágio Átila” – vide 4º passo - registrado quando da permuta de ações da Brumado Holdings S.A. pelas ações da ÁTILA Holdings S.A., em 15 de dezembro de 2006.**
- vi. É importante pontuar que anterior a este passo, especificamente em 17/10/06, a Brumado Holdings S/A já estava constituída pelos acionistas: Recorrente (50%) e Votorantim (50%);
- vii. A Átila Holdings S/A era subsidiária integral da Antares Holdings S/A que por sua vez era subsidiária integral da BRADESPAR S/A, do grupo BRADESCO.



Organograma antes da troca de ações (data-base: 16/11/06 - venda de ações da

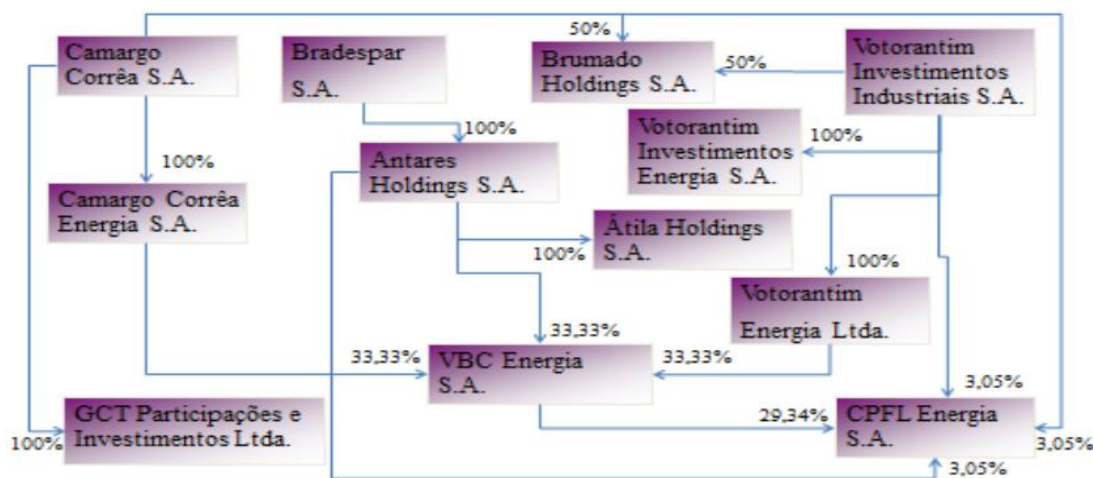


Em 16 de novembro de 2006, a VBC Participações S.A. vende: (i) 3,05% das ações detidas na CPFL Energia S.A. à Camargo Corrêa S.A.; (ii) 3,05% das ações detidas na CPFL Energia S.A. à Antares Holdings S.A.; e (iii) 3,05% das ações detidas na CPFL Energia S.A. à Votorantim Investimentos Industriais S.A.

3. PASSO – 28/11/2006 - Cisão total da VBC-P com subsequente incorporação das parcelas cindidas de seu patrimônio por suas acionistas, que passam a controlar diretamente a VBC-E:



Organograma antes da troca de ações (data-base: 28/11/06 – cisão da VBC Participações S.A.)



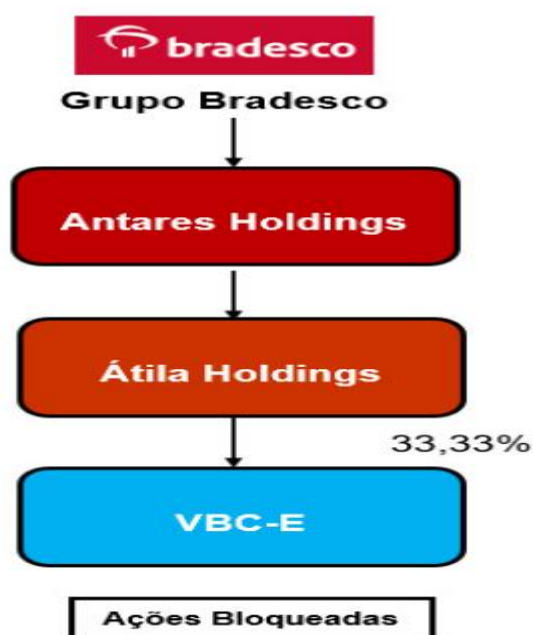
Em 28 de novembro de 2006, a VBC Participações S.A. foi cindida em 3 partes iguais com base em laudo levantado em 21 de novembro de 2006. Na sequência, cada acionista incorporou a parcela cindida da VBC Participações S.A., passando a participar diretamente da VBC Energia S.A.

4. PASSO – 06/12/2006 e 14/12/2006:

- i. A Recorrente confere ao capital da Brumado Holdings S/A as 14.210.026 ações livres da CPFL-E, **que haviam sido adquiridas junto à VBC-P**, tomando por base o seu valor contábil, conforme laudos de avaliação contábil elaborados pela AMKS Contadores e Consultores, às fls. 2355/2362, que correspondia ao custo de aquisição daquelas mesmas ações, ou seja, o mesmo valor avaliado pelo Banco Pactual;
- ii. É importante repetir que **se tratava das mesmas ações da CPFL – livres, desembaraçadas e AVALIADAS** - que, antes da aquisição perante a VBC-P, o **Grupo Econômico já detinha** indiretamente através das suas controladas VBC-P e VBC-E. Assim, após a aquisição, grande parte a Recorrente subscreveu na Brumado Holdings S/A;
- iii. Na mesma data, a Votorantim Investimentos Industriais S/A conferiu em aumento de capital da Brumado a mesma quantidade de ações pelo mesmo valor:



- iv. Paralelamente, a Antares transfere suas ações da VBC-E à Átila Holdings S/A, sua subsidiária integral, que passou a deter, indiretamente, **as ações bloqueadas da CPFL-E**, em razão do direito de garantia do debenturista BNDESPAR;
- v. **Tais ações da VBC-E**, transferidas pela Antares para Átila, **correspondem a ações da CPFL**, as quais foram transferidas a valor contábil, portanto não sujeitas a avaliação advinda do laudo elaborado pelo Banco Pactual;
- vi. Em suma, igualmente se trata das mesmas ações da CPFL – bloqueadas e **NÃO AVALIADAS** – que o Grupo Econômico já detinha indiretamente, antes das transações societárias em comento, através das suas controladas VBC-P e VBC-E:



5. PASSO – 15/12/06:

- i. Permuta mediante a qual a Recorrente e a Votorantim entregaram a totalidade das ações da Brumado, que detinha as ações livres e desembaraçadas da CPFL - AVALIADAS - à Antares Holdings S/A (“Antares”), empresa do Grupo Bradesco, recebendo em troca a totalidade das ações da Átila que, por sua vez, detinha ações bloqueadas da CPFL – NÃO AVALIADAS:





SITUAÇÃO APÓS A PERMUTA:



- ii. É nesse momento que se origina o suposto “Ágio Átila”, pois entende a Recorrente que a participação societária que transferiu - lastreado nas ações livres adquiridas a valor de mercado – correspondia a R\$ 490.246.396,00, por conseguinte superior ao valor patrimonial do investimento adquirido na permuta - correspondente a 50% das ações emitidas pela Átila -, no montante de R\$ 49.695.130,40, o que acarretou o registro de um ágio no valor de R\$ 440.551.265,76.
6. **PASSO – 26/12/2007** - Cisão parcial da Átila – que detinha o ágio gerado internamente fruto da cisão com a Brumado - seguida da incorporação do acervo cindido pela Recorrente, que então passa a amortizar o denominado “Ágio Átila”:

SITUAÇÃO APÓS A CISÃO:



Concluída a análise detalhada das operações realizadas, no tópico seguinte analisaremos as glosas das despesas com a amortização realizada pela MOVER do Ágio Átila, elemento fulcral do lançamento de ofício mantido pela decisão vergastada.

3.2.5 DA ANÁLISE DOS ÁGIOS AMORTIZADOS PELA MOVER

Por tudo que foi exposto e com base no racional exaurido, restou indubitável que as transações societárias que culminaram com o suposto “Ágio Átila” **decorreram de decisão do Grupo Econômico VBC** formado por: Camargo Corrêa (atual MOVER), Votorantim e Bradesco.

Melhor dizendo, o que se verificou foi a transferência de titularidade das ações da CPFL entre empresas pertencentes aos grupos empresariais coligados que compunham o Grupo Econômico VBC, em outras palavras todas as operações societárias se ultimaram *intra muros*, sem que as forças do mercado tivessem real influência no preço das ações, **caracterizando-se como um caso especial de ágio interno ou de si mesmo** - cujo **reconhecimento é condenado**, conforme extenuamos em tópico próprio, em apertada síntese, pelos seguintes motivos:

- ✓ pelas normas societárias e contábeis (nacionais e internacionais), sob pena de violação do princípio do registro pelo valor original, independente de que, do ponto de vista formal, todos os atos societários envolvidos tenham atendido à legislação aplicável;
- ✓ por carecer de substância econômica, posto que não é admissível a geração de riqueza oriunda de transações dos acionistas com eles próprios, sem a influência de agentes econômicos externos na fixação, marcada a mercado, do preço estabelecido para o negócio;
- ✓ em virtude de não se verificar entre os envolvidos, as condições denominadas na literatura internacional como “*arm’s length*”, norteadoras das transações realizadas entre partes independentes;
- ✓ considerando que o ágio consiste na diferença entre o preço de aquisição de ações ou quotas de uma sociedade e o correspondente valor patrimonial, enquanto este último é estabelecido objetivamente, o preço é definido pelas partes, por conseguinte, não é plausível considerar sua fixação, compatível com as condições de mercado, quando o negócio é firmado entre partes relacionadas; e
- ✓ nos termos do art. 7º, da Lei nº 9.532/97, c/c o disposto no art. 20, do Decreto--Lei nº 1.598/77, somente há **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, superior ao valor patrimonial desse investimento, e, por consequência, **aquisição**, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, **quando há intervenção de terceiro e efetiva transmissão de propriedade do direito**.

Assim, apoiado nas sinaladas características e limitações atinentes ao ágio interno, observa-se no caso vertente, de acordo com o enaltecido pela Autoridade Autuante e ratificado pela decisão de primeira instância, **inexistência de propósito negocial** do ágio questionado quando averiguamos as operações societárias que culminaram com a sua formação, por

consequente, face também à **ausência de substrato econômico, não restou justificada a sua origem**, caracterizando-se, indubitavelmente, como um **caso especial de ágio intragrupo**.

Tais ilações encontram respaldo nas seguintes constatações:

- ✓ As ações livres e desembaraçadas da CPFL que foram “adquiridas” pela Recorrente por valor econômico (laudo do Banco Pactual), posteriormente subscritas na Brumado Holdings S/A e, por fim, permutadas com a Átila Holdings S/A, por ações bloqueadas da CPFL, contudo transferidas pelo valor contábil (não foram avaliadas pelo apontado laudo) pela Antares, **já pertenciam indiretamente aos grupos empresariais da Recorrente e do Bradesco – os proprietários venderam para eles mesmos!!!** -, dado que eram acionistas e, conjuntamente com o grupo empresarial Votorantim, eram coligados e integrantes do Grupo Econômico VBC, controlador da VBC-P, cuja subsidiária integral era a VBC-E, **detentora de todas as ações da CPFL que compunham o investimento no setor energético do predito grupo**;
- ✓ **A mencionada aquisição**, envolvendo o valor de R\$ 504.698.671,50, correspondente a parcela da Recorrente que dará substância ao “Ágio Átila” quando da citada permuta, **não envolveu qualquer pagamento**, visto que compensou parte desse preço com crédito relativo a dividendos cuja distribuição já havia sido deliberada e lhe eram devidos pela Camargo Corrêa Energia – CCE, restando contabilmente apenas o valor correspondente a um **ágio escritural ou, melhor dizendo artificial**. Inclusive, constatações do Fisco demonstram que os envolvidos não foram diligentes quanto à formalização, posto que causa estranheza a incapacidade da VBC-E de localizar o “livro registro de transferência de ações da empresa VBC Participações S.A.” ou a apresentação pela Recorrente de documentos também relativos à entrega de ações incompletos ou não assinados nem autenticados;
- ✓ **Todos os passos foram traçados pelo Grupo Econômico VBC**, ou seja, processaram-se seguindo uma racionalidade administrativa determinada pelas pessoas jurídicas envolvidas, objetivando o real interesse negocial: a retirada do Bradesco – resultado imediato. Em outros termos, o que se verificou foi uma sucessão de transferências de titularidade e reestruturações empresariais calcadas em desejos gerenciais do Grupo Econômico VBC, **sem qualquer participação de terceiros, tensão ou oposição**, em síntese, entre acionistas partícipes de um grupo econômico com mesmos objetivos;
- ✓ Conforme asseverado, o ágio decorrente da permuta com a ações da Átila **careceu de propósito negocial ou justificativa econômica**, pois, conforme muito bem explanado pela decisão recorrida, (...) **não nasceu de um intuito de ganho financeiro, mas da necessidade de satisfazer um de seus sócios, que desejava afastar-se de um “investimento conjunto”**. Desta forma, o estabelecimento do assim dito ágio **não precedeu a negociação, como sua condicionante, mas decorreu dela, como simples consequência, derivada de uma**

exigência contábil. (...) Ou seja, a aquisição deste título mobiliário se daria de todo modo, com este acréscimo, sem este acréscimo, ou apesar deste acréscimo; e (g.n.)

- ✓ Compartilhar do entendimento do Aresto atacado de que o “Ágio Átila” se tratou de um **plus** – resultado mediato - que (...) *não pode ser considerado ágio, ainda que assim seja contabilmente classificado, podendo – quando muito – ser visto como um caso particular de ágio interno, uma vez que todas as operações se deram intra muros, envolvendo apenas e tão somente os grupos empresariais Camargo Corrêa, Bradesco e Votorantim, sem que as forças do mercado, alheias a este collegium de pessoas jurídicas, tivessem qualquer influência no preço das ações. (g.n.)*

Em síntese, resta hialino que se tratou de um elaborado planejamento, envolvendo uma reorganização societária complexa, com intuito de inflar o custo das ações da CPFL livres e reavaliadas a valor de mercado, que seriam permutadas por ações da CPFL bloqueadas e não reavaliadas, em prol de geração de um **ágio intragrupo** para reduzir ou evitar a tributação do IRPJ e da CSLL, concomitante, com a saída da BRADESPAR. Repiso, todas as etapas previamente acordadas pelo organismo VBC.

Ora, se não temos o efetivo dispêndio da investidora e tampouco a operação foi provocada pela “mais valia”, não há valor pago a maior que possa ser considerado perdido por ocasião de seu encontro, na contabilidade da mesma pessoa jurídica, com o investimento de que se esperava a produção futura de resultados positivos. Logo, **perde-se o sentido de aproveitamento tributário do ágio.**

Pelo exposto, é indiscutível que os negócios celebrados **não ocorreram em um ambiente de livre concorrência**, inspirado e guiado pelo princípio *arm’s lenght*, em que os atos visam a atender aos interesses de ambos os contratantes, que assumem direitos e deveres proporcionais. Como se tratava de empresas que formavam uma corporação, segundo restou demonstrado, o interesse imediato que pautou a operação foi a retirada da BRADESPAR, independente de que a permuta se concretizasse com ou sem ágio – interesse mediato.

Logo, é inconteste que consiste em uma **forma especial de ágio interno**, criado de forma escritural ou artificial em operações meramente contábeis, *intra muros*, uma vez que, consoante vimos, todos passos se deram exclusivamente no limiar do Grupo Econômico VBC, envolvendo apenas e tão somente os grupos empresariais que o compunham, sem que, repito, as forças do mercado tivessem real influência no preço das ações.

Por derradeiro, quanto as demais alegações da Recorrente, entendo que não prosperam, pelos seguintes motivos:

- ✓ Quanto à alegada inexistência de vedação legal ao ágio interno, em virtude da Lei nº 9.532/97 não vedar expressamente, demonstramos neste voto que a indedutibilidade do ágio interno prevalecia no ordenamento societário e contábil nacional, portanto, a vedação expressa imposta pela Lei nº 12.973/14, só veio a ratificar e explicitar um impedimento que já existia; e

- ✓ As decisões do STF, STJ e dos tribunais federais e administrativos colacionadas, notadamente no que toca ao ágio interno e a falta de fundamentação legal para glosar as despesas com amortização por carecer de propósito negocial, não detêm força para nos vincular.

Em vista disso, **encaminho meu voto no sentido de manter as glosas relacionadas às despesas com amortização, referentes aos anos-calendário de 2011 a 2013 (quanto às glosas relativas ao ano-calendário 2010, a manutenção depende também da apreciação da prejudicial de decadência – item 4.3).**

4 DOS PLEITOS SUBSIDIÁRIOS

4.1 DA COBRANÇA DA MULTA ISOLADA CUMULADA COM A MULTA DE OFÍCIO

No presente processo, a Autoridade Fiscal imputou multa isolada, no percentual de 50%, por ter constatado que, em razão das glosas das despesas com amortização antecipada dos ágios, a MOVER não efetivou o devido recolhimento de IRPJ e CSLL sobre bases de cálculo estimadas mensais, **relativas aos meses de março, abril e agosto de 2011, e dezembro de 2012.** A referida exigência teria se amparado na disposição do art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Em fase impugnatória, o Sujeito Passivo rebelou-se contra a apontada exação, requerendo o cancelamento, asseverando que é indevida pelos seguintes motivos: (i) (...) *somente pode ser exigida caso o Fisco verificasse a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base*; e (ii) as bases e premissas da multa isolada, mesmo após a alteração na redação do dispositivo pela Lei 11.488/07 são as mesmas da multa de ofício, sendo que a sólida jurisprudência do CARF, inclusive consolidada com a Sumula CARF nº 105, para afastar a cobrança, é integralmente aplicável.

O Aresto guerreado combateu, ponto a ponto. Quanto à alegação (i), rebateu que o lançamento da multa isolada encontra fundamento no art. 2º, c/c art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430, de 1996. Quer dizer, (...) *decorre do descumprimento da obrigação de se efetuar o recolhimento mensal por estimativa, nos prazos e condições estabelecidos, independentemente do resultado apurado em 31 de dezembro, ainda que a pessoa jurídica venha a apurar prejuízo ou base de cálculo negativa naquele ano-calendário.* Complementa citando o dever de a Autoridade Fiscal efetivar a cobrança da multa isolada combatida, em cumprimento do art. 16, da Instrução Normativa SRF nº 93, de 24 de dezembro de 1997, bem como do art. 17 da Instrução Normativa RFB nº 1515, de 24 de novembro de 2014, ambos aplicáveis ao período auditado.

No tocante à alegação (ii), aduz que a súmula CARF nº 105, aplica-se apenas para os fatos geradores anteriores a alteração do art. 44, da Lei nº 9.430/96, pela Lei nº 11.488, de 2007.

Indignada, a Recorrente atravessou peça recursal, reiterando as mesmas argumentações carreadas na peça impugnatória, complementando que:

- a) **Não cabe multa isolada quanto à estimativa de dezembro** apurada com base em balancete de suspensão, uma vez que (...) o prazo para pagamento das estimativas de dezembro é exatamente o mesmo que aquele estabelecido para o pagamento do ajuste anual, qual seja, o último dia útil de janeiro. (...) Portanto, **no caso da estimativa de dezembro a falta de recolhimento antecipado não acarreta prejuízo ao Erário, não havendo que se falar assim em multa isolada, sob pena de se penalizar em duplicidade a falta de pagamento de um mesmo valor numa mesma data;**
- b) **Considerando que já há a cobrança da multa de ofício, prevista no inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, não cabe a exigência concomitante da multa isolada, prevista no seu inciso II, em razão do princípio da consunção,** consoante entendimento acolhido por ambas as Turmas do E. STJ competentes para o exame da matéria, bem como jurisprudência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste Tribunal.

Retomando a análise do pleito, no que toca a este tópico, incabível qualquer reforma da decisão recorrida. A saber.

No presente caso, é mister destacar que, originalmente, a referida multa isolada foi criada pela Lei nº 9.430, de 1996, que no seu art. 44, previa que ela deveria ser calculada pela aplicação do percentual de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor da estimativa mensal do IRPJ e da CSLL devidas, mas não recolhidas, *verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - ... § 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - ...

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente; (g.n)

Posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 351/2007, em 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, notadamente o seu art. 14, deu nova redação à referida Lei nº

9.430/1999, reduzindo o percentual da multa de 75% para 50% (cinquenta por cento), sendo este último o percentual utilizado no ora contestado lançamento, como segue:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (g.n)

Neste ponto, é de relevo destacar que a novel posituação representou um divisor de águas no que concerne a devida interpretação da aplicação do dispositivo, cuja jurisprudência administrativa levou à edição da Súmula nº 105 do CARF, *ipsis verbis*:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Do referido epítome, inclusive por destacar no seu teor a referência ao dispositivo antes da alteração aventada, resta manifesto que, até o mês de novembro de 2006, antes, portanto, de entrar em vigor a alteração reproduzida, indubitavelmente era incabível a imposição de multa isolada concomitantemente com a multa de ofício.

Já em relação ao lançamento de multa isolada sobre insuficiência de estimativa mensal a partir do mês de dezembro de 2006, cujo vencimento se deu em 31/01/2007, aplica-se o artigo 44, inciso II, alínea "b" da Lei nº 9.430/96 (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007), não se aplicando, por conseguinte, a Súmula CARF nº 105.

Nesta perspectiva, **não assiste razão a Recorrente quando alega que não se pode exigir uma multa isolada pelo não recolhimento da estimativa do mês dezembro, tampouco cumulada com a multa de ofício, em razão do princípio da consunção**, visto que a sanção determinada pelo sistema é notória: caso descumprido o pagamento da estimativa mensal – **sem excluir qualquer mês do ano-calendário** -, cabe imputação de multa isolada, sobre a totalidade (quando há ausência de pagamentos a título de estimativa mensal) ou diferença entre o valor que deveria ter sido pago e o efetivamente pago, apurado a cada mês do ano-calendário. Além disso, expressamente dispõe que é cabível ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL.

Assim, diferente do que sustenta a MOVER, a inovação legislativa, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2006 (conforme verificado no caso em tela), afastou qualquer incerteza atinente a possibilidade de aplicação concorrente das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal. As hipóteses de incidência que justificam a exigência das penalidades da multa de ofício e da multa isolada em virtude da ausência de pagamento da estimativa são díspares, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996.

É pertinente esclarecer que os recolhimentos efetuados mensalmente a título de estimativas (art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.430, de 1996) não são definitivos, porquanto a apuração definitiva do tributo devido se dará somente ao final de cada ano-calendário. Esse o motivo pelo qual a penalidade pelo inadimplemento dessa obrigação é denominada multa isolada, uma vez que pode ser exigida independentemente de haver ou não tributo devido ao final do período de apuração. E também não há qualquer correlação entre o valor do tributo devido ao final de apuração e a multa isolada: sua base de cálculo é o valor do pagamento mensal (estimativa) de IRPJ ou CSLL que deixar de ser recolhido, divergindo da apurada consoante o ajuste anual; e os vencimentos ocorrem até o último dia útil do mês seguinte – **a estimativa relativa à competência de dezembro, até o último dia útil de janeiro do ano seguinte** -, diferente do ajuste anual, quando eventual saldo deve ser recolhido até 31 de março do ano seguinte.

Diante dessas constatações, é imperioso concluir que as multas são distintas e autônomas. Isso decorre, acima de tudo, das evidentes diferenças que existem entre as hipóteses de incidência e os consequentes das normas punitivas.

Nota-se que os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, versam sobre pilares fáticos diferentes e autônomos, com distinções claras na materialidade e temporalidade da apuração que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, aplica-se sobre o tributo não pago ou parcialmente pago, decorrente da existência de lucro apurado trimestralmente ou anualmente, cujo fato gerador completa-se ao final do trimestre ou do ano-calendário. Por sua vez, a multa isolada submete-se à multa do inciso II do dispositivo antes citado, e é imputada sobre a estimativa não recolhida ou parcialmente recolhida, apurada conforme

balanço/balancetes de suspensão elaborados mês a mês ou, ainda, mediante receita bruta acumulada mensalmente.

No caso do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, a quantificação toma por base o tributo devido em função do lucro, fazendo incidir o percentual de 75% (regra geral passível de qualificação e agravamento - §§ 1º e 2º do art. 44). No caso do inciso II, letra "b", do dispositivo antes citado, a quantificação toma por base a estimativa apurada em função da receita bruta ou resultados mensais, fazendo incidir o percentual de 50% (regra geral não passível de qualificação ou agravamento).

Como se pode observar, são duas normas distintas e autônomas, que punem, em diferentes graus, ilicitudes diversas. A alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 buscou adequar o dispositivo face à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, o qual atacava a redação do caput do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e divisava *bis in idem*, entendendo que a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520).

Na nova redação do citado artigo, o caput não mais faz referência à diferença de tributo ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*"), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A multa isolada ora é tratada em dispositivo específico (inciso II), que estabelece percentual distinto do da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Desse modo, após o advento da MP nº 351/2007, entendo que as multas isoladas devem ser mantidas, ainda que aplicadas em concomitância com as multas de ofício pela ausência de recolhimento/pagamento de tributo apurado de forma definitiva. Tal conclusão decorre da constatação de se tratar de penalidades distintas, com origem em fatos geradores e períodos de apuração diversos, e ainda aplicadas sobre bases de cálculos diferenciadas. A legislação, em nenhum momento, vedou a aplicação concomitante das penalidades em comento.

Ademais, é importante reprimir que as decisões do STJ e da Câmara Superior deste Tribunal colacionadas pela Defesa, conforme reiteradamente posicionado, não detêm força para nos vincular.

De outro giro, o entendimento aqui externado encontra amparo tanto na Câmara Baixa, como na Alta deste Tribunal, consoante ementas exemplificativas:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano-calendário.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (AC nº 1301-006.749 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 21/02/24)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que “serão aplicadas as seguintes multas”. A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (AC nº 9101-002.438 – 1ª Turma – Sessão de 20/09/16)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2006, 2008, 2009 MULTA ISOLADA.

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período base de incidência.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA CONCOMITANTE. CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Repele-se o argumento que pretende escorar-se na tese da consunção para afastar a aplicação simultânea das multas comentadas. Não há como se reduzir o campo de aplicação da multa isolada com lastro no suposto concurso de normas sobre o mesmo fato, seja porque os fatos ora descritos não são os mesmos, seja porque quaisquer dos fatos relacionados no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, não absorvem o fato relacionado no inciso II do mesmo artigo.

Não há, pois, dúvida alguma sobre a possibilidade de aplicação concomitante da multa de ofício e da multa isolada. (AC nº 9101-002.598 – 1ª Turma – Sessão de 10/05/18)

Por derradeiro, e em especial em relação à **suposta aplicação do princípio da consunção**, transcrevo o entendimento firmado pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em seus votos sobre o tema em debate, com o qual pactuo e adoto:

“Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados CONSUNTOS, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado CONSUNTIVO, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, O SUJEITO ATIVO SÓ DEVERÁ SER RESPONSABILIZADO PELO ILÍCITO MAIS GRAVE¹⁷.

Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.

No voto paradigma que decidiu casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.

Pois bem. Doutrinariamente, existe CRIME PROGRESSIVO quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

¹⁷ RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: . Acesso em: 6 dez. 2010.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um MINUS em direção a um PLUS¹⁸. (destaques acrescidos).

Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.

Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.

Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.

Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.

Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo.”

Por todo o exposto, **oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário no que toca ao pedido de cancelamento da multa isolada, no percentual de 50%, sobre o não recolhimento de IRPJ e CSLL sobre as bases de cálculo estimadas, relativas aos meses de março, abril e agosto de 2011, e dezembro de 2012.**

4.2 DA MULTA QUALIFICADA

A Recorrente indignou-se com a decisão recorrida que manteve a imputação da multa qualificada, no percentual de 100% - em face da nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996 -, por entender que restou demonstrado (...) *inequívoco intuito doloso em todo este concerto empresarial, elaboradamente concebido desde seus primórdios para culminar numa ilícita redução dos tributos pagos pela interessada.*

¹⁸ Idem, Idem

Contrapondo, protestou em favor da improcedência da multa qualificada imputada no caso vertente, (...) *uma vez que inexistente fraude, sonegação ou conluio no tratamento adotado pela Recorrente, havendo no máximo divergência de interpretações, além do que também é aplicável ao caso o art. 112 do Código Tributário Nacional*, posto que o mesmo colegiado de primeira instância, analisando o caso sobre julgo, afastou a qualificação da multa de ofício no Acórdão 1401-002.822 que foi anulado por este Tribunal.

Sob sua ótica, os aludidos argumentos encontram alicerce nas seguintes razões:

- a) (...) *o que fica claro pela leitura do próprio TVF é que a Recorrente não omitiu nem procurou omitir qualquer elemento pertinente à operação em exame, encontrando-se tais elementos devidamente registrados nos órgãos competentes e acessíveis ao público, tendo, além disso, fornecido todas as respostas, informações e documentos solicitados pela fiscalização;*
- b) apesar de não ter sido convertida em lei, das exposições de motivos relacionadas à Medida Provisória nº 66/02, restam bem claro que (...) ***a falta de propósito negocial que constitui indício de evasão fiscal passível de ter seus efeitos tributários desconsiderado pelo Fisco não configura fraude, conduta para a qual a legislação prevê a imposição da multa qualificada***, como também (...) *a posição do Poder Executivo no sentido de ser absolutamente inaplicável a imposição de multa qualificada quando o contribuinte, às claras, praticar negócio lícito cujos efeitos fiscais sejam desconsiderados pela Administração Tributária, o que indubitavelmente ocorreu no caso concreto;*
- c) (...) *embora a palavra “fraude” possa ser, às vezes, encontrada associada ao abuso de forma ou à falta de propósito negocial, isso somente ocorrerá quanto à chamada “fraude à lei”, que não se confunde, em absoluto, com a “fraude contra a lei” capaz de deflagrar a incidência da multa qualificada. (...) No caso concreto, em que a acusação da fiscalização é de as operações realizadas não tiveram “propósito negocial”, na visão da doutrina acima transcrita enquadra-se tal conduta (caso fosse procedente a acusação) de forma inequívoca na figura da ***fraude à lei tal como acima descrita; razão pela qual não pode a autoridade lançadora punir a Recorrente como se tivesse cometido uma fraude contra a lei, fraude penal merecedora da multa qualificada;*** e*
- d) (...) *ainda que para argumentar se admitisse que a mera intenção do sujeito passivo de economizar tributo configuraria dolo para efeito da legislação tributária, certo é que o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 restringe a qualificação da multa às hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, ou seja, a sonegação, a fraude e o conluio, condutas típicas que não se confundem com o suposto “dolo” alegado pela fiscalização, que seria, na acepção de dolo erroneamente adotada pela fiscalização, a mera intenção de obter economia tributária.*

Em prol de reforçar as suas querelas, a Defesa carrou à peça recursal doutrinas e jurisprudências administrativas alinhadas ao seu pleito.

Antes de avaliarmos as razões da combatida qualificação da multa de ofício, é salutar trazer a este voto entendimentos sobre o tema.

Inicialmente, é importante registrar que a multa qualificada se encontra regulada pelo artigo 44, § 1º, inciso VI, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela 14.689, de 20 de setembro de 2023¹⁹.

Da leitura desse dispositivo, verifica-se que a multa de ofício ordinária é de 75%, cabível nas hipóteses de **falta de recolhimento do tributo, falta de declaração ou apresentação de declaração inexata**, devendo o percentual de 100% (cem por cento) ser aplicado apenas nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964²⁰.

Para que se possa, então, cogitar a qualificação da multa (de 75% para 100%), é imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove, além da conduta de não pagar tributo, não o declarar ou declará-lo de forma inexata, que a contribuinte teve a intenção de esconder que ela própria incorreu na materialidade tributária ou que ela se valeu de medidas ilícitas para manipular o fato gerador.

Nessa linha intelectual, a qualificação da multa proporcional de ofício deve ser feita quando e apenas quando a autoridade fiscal identificar e comprovar a ocorrência de sonegação e/ou fraude. E apenas pode ser considerado sonegação ou fraude, para essa finalidade, aquilo que esteja em conformidade com o modelo arquetípico estabelecido pelos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

¹⁹ Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)
(...)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023) (g.n.)

²⁰ Art. 71. **Sonegação** é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. **Conluio** é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no artigo 71 e 72. **(g.n)**

Como se percebe, o conluio não chega a ser uma terceira hipótese qualificadora autônoma, pois se refere à possibilidade de a sonegação e/ou a fraude serem orquestradas por meio de ajuste doloso entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas).

Analisando-se as características textuais das definições empreendidas pelos artigos 71 e 72, a primeira premissa indispensável é a de que sonegação e fraude são condutas dolosas, que se relaciona com a consciência e a vontade de agir. Isso se depreende da expressão “(...) toda ação ou omissão dolosa tendente (...)”, que é repetida em ambos os artigos.

Portanto, sonegação e fraude são condutas dolosas (dolo direto ou eventual). Para qualificar a multa proporcional de ofício, a autoridade fiscal deve identificar e comprovar a ocorrência da conduta dolosa do sujeito passivo, mediante apresentação de conjunto probatório suficiente, quer dizer deve demonstrar a vontade de praticar a conduta, para a subsequente obtenção do resultado. Deve restar cristalino que a conduta praticada teve o intuito consciente voltado a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo ou contribuições devidos.

Ademais, é cediço que a imposição de multa qualificada é tema sempre muito espinhoso, mesmo porque tal cominação prescinde da demonstração de um “algo mais”, no procedimento do agente fiscalizado, que transcenda a conduta objetiva descrita no tipo tributário, sendo preciso que haja a efetiva comprovação da intenção da prática do fato delituoso. Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo CARF nas Súmulas nº 14 e 25:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Feitas as sobreditas considerações, no caso concreto, trata-se de amortização de ágio interno e da aplicação da multa qualificada nessa hipótese.

Nessa toada, embora toda a operação tenha sido complexa, não parece ter sido eivada de intuito doloso, na definição da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, mencionada pelo artigo 44 da Lei 9.430, de 1996.

Observa-se que todos os documentos acostados aos autos confirmam os relatos feitos pela Recorrente, afastando a hipótese de sonegação, fraude, conluio ou simulação. Além disso, antes do advento da Lei nº 12.973/2014, onde expressamente foi vedada à amortização fiscal do ágio interno, doutrinadores e o próprio Poder Judiciário, em inúmeros casos, acataram a amortização do ágio em situações semelhantes.

Tal contexto, no meu sentir, nos leva a dúvida no que tange a existência de dolo da MOVER em não recolher tributos, situação que se subsume ao disposto no art. 112, do CTN²¹, e, por conseguinte, nos inclina a afastar a qualificação da penalidade no presente caso.

Não obstante, sem pretensão de inovar, no que toca ao entendimento contemporâneo da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF deste Tribunal, sobre a qualificação de multa de ofício nos casos de ágio interno, em relação aos fatos geradores anteriores a vigência da Lei nº 12.973/2014, trago os ensinamentos do ilustre Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, expostos no Acórdão nº 9101-007.074, que bem representa minha compreensão a respeito do tema:

Sobre o tema sempre mantive a exigência de IRPJ e de CSLL, mas acerca da qualificação da penalidade, fui alterando de entendimento ao longo de minha trajetória no CARF, iniciando com a manutenção da multa qualificada em qualquer situação, passando a avaliar se a operação tivesse ou não sido realizada na vigência do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, para, por fim, concluir que, em regra, a multa qualificada não se justifica nesses casos.

De fato, após o próprio Poder Judiciário, em diversos casos, acabar por aquiescer com a própria amortização do ágio em casos semelhantes, acabei por refletir se, de fato, haveria dolo do Contribuinte quanto a intenção de não recolher tributo que sabia ser devido.

Veja-se que não avalio o objetivo do Contribuinte de buscar a redução de sua carga tributária, pois tal desejo é algo ínsito a qualquer pessoa jurídica de direito privado, inclusive de cunho obrigatório.

O foco de meu exame, portanto, não é o mero objetivo do Contribuinte simplesmente de não pagar tributo, mas sim a atitude deliberada em não declarar um tributo que saiba ser devido.

E em operações desse jaez, em que o Contribuinte age municiado por assessorias especializadas e, muitas vezes, por interpretações defendidas por doutrinadores de peso, não consigo vislumbrar o dolo necessário para a qualificação da penalidade.

E, em tal contexto, no mínimo o Contribuinte foi induzido a realizar manobras como as examinadas nos presentes autos, o que, a meu ver, no mínimo coloca em dúvida a existência de dolo do sujeito passivo em não recolher tributos, aplicando-se ao caso o concreto o art. 112 do CTN para afastar a qualificação da penalidade.

²¹ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
(...)

Logo, a multa de 150% de que trata inciso II da redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 somente poderia ser cominada em procedimento fiscal que restasse comprovada a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

*Vê-se que, para enquadrar determinado ilícito fiscal nos dispositivos dessa lei, **há necessidade que esteja caracterizado o dolo**. O dolo, que se relaciona com a consciência e a vontade de agir, é elemento de todos os tipos penais de que trata a Lei nº 4.502, de 1964, ou seja, a vontade de praticar a conduta, para a subsequente obtenção do resultado. Deve ficar demonstrada que a conduta praticada teve o intuito consciente voltado a suprimir ou reduzir o pagamento do tributo ou contribuições devidos, o que, a meu sentir, não pôde ser demonstrado nos presentes autos, até mesmo porque todo o cenário indicava que, interpretando a legislação então vigente, ainda que de forma equivocada, o contribuinte entendeu que a operação, tal qual levada a efeito, não implicaria o recolhimento de IRPJ e CSLL.*

Em outras palavras, no caso concreto estamos diante de uma divergência de interpretação de norma, não havendo que se falar em dolo no não pagamento de tributo, e, conseqüentemente, em cominação de multa qualificada.

A sobredita acepção, encontra consonância em recentes decisões da sinalada Câmara Alta do CARF, conforme ementas abaixo transcritas:

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.973/2014. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

Para a qualificação da multa de ofício, é preciso que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio. No entanto, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo.

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, a amortização fiscal de ágio considerado interno pela Autoridade Fiscal não pode ser considerada conduta dolosa a justificar a imputação da multa de ofício qualificada. Isso porque a divergência interpretativa que, até hoje, ronda o tema, faz com que a legislação tributária que comina a penalidade correlata seja, necessariamente, interpretada de forma mais favorável ao contribuinte.

A maior eficiência tributária é um propósito comercial válido e não justifica, por si só, a qualificação da multa de ofício. Para a aplicação da multa de ofício qualificada, devem estar presentes a sonegação, a fraude ou o conluio, como exige o art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/1996. (Acórdão nº 9101-006.943 – CSRF / 1ª Turma. Sessão de 07/05/2024)

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.973/2014. IMPOSSIBILIDADE.

Para a qualificação da multa de ofício, é preciso que a falta de pagamento, recolhimento ou declaração esteja acompanhada de sonegação, fraude ou conluio. No entanto, não basta que haja a imputação genérica de sonegação ou fraude, é preciso que exista a individualização da conduta do agente e a comprovação inequívoca da existência de dolo.

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, a amortização fiscal de um ágio gerado dentro de um grupo econômico, denominado de “ágio interno”, não pode ser considerada conduta dolosa a justificar a imputação da multa de ofício qualificada. Isso porque da divergência interpretativa que, até hoje, ronda o tema, faz com que a legislação tributária que comina a penalidade correlata seja, necessariamente, interpretada de forma mais favorável ao contribuinte. (Acórdão nº 9101-007.000 – CSRF / 1ª Turma. Sessão de 05/06/2024)

MULTA QUALIFICADA DECORRENTE DE INFRAÇÃO DE GLOSA DE DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE “ÁGIO INTERNO”. NÃO CABIMENTO.

Somente se mantém a multa qualificada nas hipóteses em que, comprovado o dolo, resta caracterizada hipótese de sonegação, fraude ou conluio a que aludem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, o que não ocorre no caso concreto quanto à infração calcada em indedutibilidade da amortização de “ágio interno”. (Acórdão nº 9101-007.074 – CSRF / 1ª Turma. Sessão de 06/08/2024)

Diante do exaurido, seja por não haver vedação expressa à amortização fiscal do ágio interno na legislação vigente à época dos fatos, seja em razão de a conduta adotada pelo contribuinte, no presente caso, não caracterizar fraude ou simulação, não há que se falar em aplicação de multa de ofício qualificada.

Assim sendo, **encaminho meu voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário em favor de reduzir a multa de ofício para 75%.**

4.3 DA PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA RELACIONADA À QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Conforme dispomos no item 3.1, a MOVER pleiteou o reconhecimento da decadência, consoante o disposto no art. 156, inciso V, do CTN²², quanto aos créditos tributários atuados de IRPJ e CSLL, relativos ao ano-base 2010, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN²³, caso a

²² Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

V - a prescrição e a decadência;

²³ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

questionada qualificação da multa de ofício fosse afastada, visto que efetuou recolhimentos de estimativas mensais e sofreu retenções tanto de IRPJ como de CSLL.

Nessa senda, embora, como vimos, se trate de despesas relacionadas à amortização de ágio interno, cujas glosas votamos no sentido de manter, não obstante pugnamos pelo afastamento da qualificação da multa de ofício – vide item 4.2.

Dessarte, considerando que a MOVER optou pela apuração anual do IRPJ e da CSLL, cujos respectivos fatos geradores, relativos ao ano-calendário de 2010, se concretizaram em 31/12/2010, e a ciência do lançamento guereado se perfez em 29/08/2016, quer dizer passados mais de cinco anos da ocorrência, **é forçoso reconhecer haver perecido o direito da Fazenda da União de exigir os tributos apontados.**

Diante do exposto, represso, em razão de termos afastado a qualificação da multa de ofício, aplica-se para contagem do prazo decadencial a regra especial disposta no art. 150, § 4º, do CTN, por conseguinte, **oriento meu voto no sentido de reconhecer que caducaram os créditos tributários lançados de ofício de IRPJ e CSLL, relativos ao ano-calendário de 2010.**

4.4 DAS RESPONSABILIDADES TRIBUTÁRIAS

A Autoridade Fiscal apontou as responsabilidades tributárias, com fundamento no art. 135, III, do CTN, dos diretores e conselheiros da MOVER, os Senhores: Vitor Sarquis Hallack, Luis Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech, José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira. Na ótica do Agente Fazendário (...) *na qualidade de gestores executivos, igualmente, compartilhavam do pleno domínio funcional dos fatos adstritos ao negócio societário, bem assim dos efeitos tributários que seriam decorrentes da execução do ilícito derivado de atos praticados com simulação.*

Em sede impugnatória, os responsabilizados, apesar de terem apresentados suas defesas em peças separadas, combateram as responsabilidades solidárias imputadas apresentando abordagens semelhantes.

O Aresto recorrido manteve as responsabilidades tributárias em questão por entender, em brevíssima síntese, que restou (...) *constatado que todo este arranjo empresarial foi minuciosamente concebido com vistas a uma redução ilegítima de tributos, é forçoso reconhecer que tanta complexidade não seria possível sem a ativa ingerência das pessoas envolvidas e solidariamente responsabilizadas pelo crédito tributário.*

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será êle de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado êsse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Indignados os responsáveis tributários insurgiram-se contra o acórdão recorrido, mediante apresentação de peças recursais separadas, contudo com semelhantes argumentos. Nessa quadra, citando doutrina e jurisprudências administrativas e judiciais, alicerçaram-se nos seguintes fundamentos:

- a) Em âmbito preambular, alegam que é manifestamente improcedente o lançamento combatido quanto ao mérito, com base nas razões expostas no recurso voluntário interposto pela MOVER;
- b) Em sede meritória, asseveram que descabe a responsabilidade tributária imputada aos recorrentes, visto que:
 - i. Considerando que o mesmo colegiado de primeira instância afastou a responsabilidade tributária em comento na decisão anulada, deve ser aplicado de forma inequívoca a regra do art. 112, do CTN;
 - ii. Os responsabilizados tributariamente incorreram qualquer das hipóteses previstas no caput do artigo 135, III, do CTN;
 - iii. Falta de comprovação individualizada e direta das condutas previstas no inciso III do art. 135, do CTN; e
 - iv. Não há comprovação do dolo dos Recorrentes necessário à aplicação do artigo 135 do CTN.

Por tudo que foi relatado nestes autos, resulta cristalino que a responsabilização tributária dos diretores e conselheiros da MOVER assentou-se no art. 135, III, do CTN, visto que a Fiscalização deduziu – corroborada pela decisão de piso – que eles detinham conhecimento e pactuaram, desde dos primórdios, com a existência de intuito doloso – de natureza fraudulenta e simulada - em todas as operações societárias realizadas que culminaram com a geração do ágio interno e, por conseguinte, redução ilícita dos tributos pagos pela Recorrente.

Ora, trata-se de acusação intimamente vinculada à qualificação da multa de ofício, que pugnamos em afastar justamente por concluirmos que as operações analisadas, apesar de complexas, não se apresentaram eivadas de intuito doloso, na definição da Lei nº 4.502/64, mencionada pelo art. 44, da Lei 9.430/96.

Relembrando, face a inexistência de vedação expressa ao ágio interno, à época dos fatos geradores englobados pela autuação, deduzimos que não restou hialina a existência de dolo nas manobras societárias realizadas, abrindo-se o precedente para aplicação do disposto no art. 112, do CTN, ao presente caso, e, em decorrência disso, o afastamento da qualificação da multa de ofício.

Melhor dizendo, das análises realizadas inferiu-se que se tratava de uma divergência de interpretação da norma, não havendo que se falar em dolo no não pagamento de tributo, e, conseqüentemente, em cominação de multa qualificada.

Partindo deste racional, à vista de tudo o que consta dos autos, não se constata que as reorganizações societárias apreciadas tenham implicado ou resultado de “*atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”. Assim sendo, inaplicável o mencionado dispositivo, **devendo estas responsabilizações tributárias serem afastadas.**

Pelo exposto, **encaminho meu voto no sentido de afastar a responsabilidade tributária dos Senhores: Vitor Sarquis Hallack, Luis Roberto Ortiz Nascimento, Albrecht Curt Reuter-Domenech, José Edison Barros Franco e José Alberto Dinis de Oliveira.**

5 DOS LANÇAMENTOS REFLEXOS DE CSLL

Quanto ao Auto de Infração de CSLL, decorrente das mesmas matérias fáticas descritas no Auto de Infração do IRPJ, em se tratando de tributação reflexa, deve ser observado, *mutatis mutandis*, o que foi decidido para o Auto de Infração principal, salvo se houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

6 DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, oriento meu voto no sentido de conhecer dos RECURSOS VOLUNTÁRIOS e DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, para:

- i. ACATAR a prejudicial de decadência exonerando a exigência relativa aos créditos tributários autuados de IRPJ e CSLL, relacionados ao ano-calendário de 2010;
- ii. MANTER integralmente os créditos tributários autuados de IRPJ e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2011, 2012 e 2013;
- iii. MANTER as exigências relativas à imputação de multa isolada, no percentual de 50%, sobre o não recolhimento de IRPJ e CSLL sobre as bases de cálculo estimadas mensais, relativas aos meses de março, abril e agosto de 2011, e dezembro de 2012;
- iv. AFASTAR a qualificação da multa de ofício imputada, reduzindo-a para o patamar base de 75%, sobre os créditos tributários mantidos; e
- v. AFASTAR as responsabilidades tributárias dos Srs. VITOR SARQUIS HALLACK, LUIS ROBERTO ORTIZ NASCIMENTO, ALBRECHT CURT REUTER-DOMENECH, JOSÉ EDISON BARROS FRANCO e JOSÉ ALBERTO DINIS DE OLIVEIRA.

Assinado Digitalmente

Raimundo Pires de Santana Filho

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Lucas Issa Halah

Abri divergência do Eminentíssimo Relator para consignar as razões pelas quais entendo que, no caso em comento, o registro do ágio interno era mandatório e não correspondia a mera reavaliação interna de ativos, sendo por isso dedutível.

7 ÁGIO INTERNO

7.1 PREMISSAS TEÓRICAS SOBRE O ÁGIO

A análise dos requisitos legais e dos *safe harbours* construídos pela jurisprudência e doutrina para delimitar as situações em que o aproveitamento fiscal do ágio seria ilegítimo foi feita de maneira lapidar pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Acórdão nº 9101-003.468.

O Conselheiro, de maneira bastante didática e sistematizada, elencou e classificou os principais elementos considerados como essenciais, úteis e irrelevantes para a avaliação da dedutibilidade fiscal do ágio em no máximo 1/60 avos ao mês.

A transcrição de tal escólio, embora seja longa, é valiosa por classificar com propriedade os elementos essenciais, distinguindo-os dos úteis e dos irrelevantes à dedutibilidade do ágio, fazendo-se útil no caso em questão.

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

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

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o método da equivalência patrimonial (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por um ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste¹.

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

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

(...)

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

Decreto-lei n. 1.598/77

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

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

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

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

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

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

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

Avaliação do Investimento no Balanço

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.²

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*³.

A referida escrituração de ágio pela investida não possui relevância para a análise em tela, pois não há comunicação necessária com os lançamentos contábeis realizados pela empresa investidora. Por essa razão, em nenhum momento a legislação que rege a matéria se volta aos valores contabilizados como ágio pela empresa investida, sendo relevante, apenas, a conta de investimento presente nas demonstrações financeiras da empresa investidora.

A apuração ou mesmo amortização contábil do aludido ágio por expectativa de rentabilidade futura, escriturados pela empresa investidora em função do MEP,

sempre permaneceram neutros para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria. No que é mais relevante ao presente caso, prescreve o Decreto-lei 1.598/77:

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

Conforme será evidenciado nos tópicos “2” e “3” e “4” a seguir, as consequências tributárias apenas surgiriam com a realização do investimento, com a apuração do ganho (ou perda) de capital prescrita pelo art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, ou com a amortização do ágio à fração 1/60 decorrente da implementação da *fórmula operacional básica* prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.

No período que antecedeu a Lei n. 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.⁴ Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

Sob a perspectiva do Direito tributário, as três grandes reformas atinentes ao ágio se deram em 1977, 1997 e 2014, como será brevemente explicitado abaixo.

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei n. 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.⁵ Tais alterações de métodos contábeis, contudo, permaneceram neutras para fins fiscais até a edição da Lei n. 12.973/2014.

Nos subtópicos a seguir, com a necessária ênfase ao que importa para a solução do caso concreto, o tratamento tributário do ágio nos marcos temporais de 1977, 1997 e 2014 serão analisados com paralelos à contabilidade, de forma a evidenciar a comunicação e os distanciamentos dessas searas.

2.1. A legislação do período pré-1997.

Conforme se expôs acima, a apuração do ágio conforme os arts. 20 e 21 do Decreto-lei 1.598/77 jamais apresentou consequências tributárias imediatas. É realmente possível dizer que a amortização contábil das despesas de ágio *sempre permaneceu neutra para fins tributários nas diversas alterações legislativas atinentes à matéria.*

Até 1997, a única consequência tributária para o ágio por expectativa de rentabilidade futura, apurado na contabilidade da empresa investidora pela adoção MEP, se daria apenas em caso de futura realização do investimento (por exemplo, futura venda da empresa investida), no momento da apuração do ganho ou perda de capital então apurado. Foi o que prescreveu o art. 33 do Decreto-lei 1.598/77:

Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras *b* e *c* do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte

III - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Serão computados na determinação do lucro real:

a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios;

b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

Dessa forma, desde a década de 70 até 1997, o ágio suportado pela investidora com fundamento em expectativa de rentabilidade futura teria relevância para fins tributários apenas no momento de eventual e posterior realização do investimento, com a redução proporcional da base de cálculo do ganho de capital então apurado. **Em tal momento, tais despesas poderiam ser aproveitadas integralmente na apuração do ganho (ou perda) de capital, sem qualquer fracionamento.**

Essa possibilidade de aproveitamento fiscal integral do ágio pago conduziu a debates em torno de situações consideradas abusivas, à certa insegurança jurídica e, finalmente, à alteração de sua sistemática pela edição da Lei n. 9.532, de 10.12.1997

2.2. A legislação que perdurou de 1997 a 2014, aplicável ao caso dos autos.

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

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma

fórmula operacional básica, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

b) poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

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

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

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

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

Há quem aponte que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 veiculariam *benefício fiscal*⁷. Para LUCIANO AMARO, tratar-se-ia de “*estímulo a investimento na aquisição de empresas privadas com perspectivas de crescimento de rentabilidade, como incentivo à geração de riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária*”.

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam mera norma de dedutibilidade para apuração fiscal, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato⁸.

De *benefício fiscal* não se trata. O legislador simplesmente impõe que o *sobrepreço* em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Trata-se de norma que regula a amortização fiscal de despesas com ágio por meio de uma *fórmula operacional básica*, bem como limita quantitativamente o exercício de tal direito à fração 1/60 ao mês.

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*⁹:

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já conhecidos ‘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 exposição de motivos reafirma algo que está claro no texto legislado: o legislador não pretendeu restringir o legítimo aproveitamento do ágio por expectativa de rentabilidade futura, mas sim regular a sua fruição aos casos em que realmente ocorra aquisição de investimento relevante em pessoa jurídica com efetivo sobrepreço. A decisão do legislador foi segregar situações em que há correta apuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura de outras que, por corresponderem a operações fictícias, realmente não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Se algum “benefício” foi pretendido em 1997 pelo legislador ordinário, este consistiu no estabelecimento de ambiente de *segurança jurídica* para a realização de aquisições de empresas privadas brasileiras. Em franco plano econômico de desestatização aclamado pelo governo, seguido de período de intenso movimento econômico e investimentos em empresas privadas brasileiras (“M&A”), seria relevante aos investidores ter ambiente jurídico seguro, com uma objetiva *fórmula operacional básica* a ser seguida. As discussões existentes sobre o ágio até 1997 poderiam fragilizar o ambiente de confiança jurídica e econômica com inevitável inibição de investimentos, o que foi remediado pelo legislador ordinário com a edição da Lei n. 9.532/97.

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

2.3. Período pós 2014: alterações trazidas pela Lei n. 12.973 ao reconhecimento e aproveitamento fiscal do ágio.

Desde a edição da Lei n. 12.973/2014, o tratamento fiscal do ágio sofreu algumas modificações, mas manteve-se em boa medida incólume.

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)¹⁰ e a validade do “ágio interno” (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)¹¹.

O silêncio do legislador, na reforma de 2014, em relação a temas igualmente contenciosos, como o da **transferência de investimento com ágio analisado nos presentes autos**, pode ser compreendido como inexistência de oposição às possíveis reestruturações societárias que o participar venha a sofrer. Referido silêncio pode ser considerado como reconhecimento do direito de auto-organização garantido ao particular pelo princípio da livre iniciativa, de forma que não haverá nenhuma sanção a isso no que concerne ao aproveitamento do ágio legitimamente apurado na operação originária de aquisição de investimento relevante. **Trata-se de um silêncio eloquente.**

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

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

4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura

Este tópico se dedica à exposição analítica da norma de amortização do ágio, com o isolamento de elementos essenciais à sua aplicação. Também serão suscitados fatores que, embora não sejam determinantes, corroboram para o reconhecimento da legitimidade das operações envolvidas, bem como outros que são indiferentes e não devem interferir na fruição da amortização das despesas com ágio.

A doutrina do Direito tributário há muito evidencia que, para que se desencadeiem as consequências jurídicas da norma, devem ser verificadas no mundo fenomênico todas as notas previstas em sua hipótese de incidência pelo legislador. O princípio da legalidade, explicado por essa formulação, se consubstancia na exigência de lei em sentido estrito para a eleição dos elementos essenciais tanto da *hipótese de incidência* do tributo quando do seu *consequente normativo* (obrigação tributária).

A norma de amortização do ágio está sujeita a tais exigências, pois interfere diretamente na apuração da base de cálculo do IRPJ. Desse modo, no subtópico “4.1” a seguir, serão identificados quais elementos são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja

considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados adiante.

Por fim, não se pode deixar de sublinhar alguns elementos cuja ocorrência é completamente indiferente para que o contribuinte possa ou não amortizar do ágio na forma prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, os quais serão analisados no subtópico “4.3”.

4.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.

A hipótese de incidência da norma que atribui consequências tributárias ao ágio incorrido por expectativa de rentabilidade futura apresenta elementos cuja presença é essencial, como:

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;
- Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição;
- Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial da investida e ágio ou deságio incorrido;
- A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição);
- Absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

4.1.1. Demonstração da aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

O art. 7º da Lei n. 9.532/97 estabelece um marco originário para a apuração do ágio potencialmente dedutível da base de cálculo tributária: o momento da aquisição de investimento com *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura. Essa operação é que será determinante para a apuração do ágio que, caso cumprida *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, dará ensejo à amortização fiscal.

O art. 20, §3º, do Decreto-lei 1.598/77 (redação anterior à Lei 12.973.2014), prescreve que o ágio desdobrado por ocasião da aquisição de participação, com justificativa no valor de mercado dos bens do ativo ou na expectativa de rentabilidade futura da investida, “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Quando se investiga o Decreto-lei 1.598/77, a Lei 6.404, a Lei 9.532/97 e o Decreto 3.000/99 (antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973), há uma constatação comum: nenhum desses enunciados prescritivos requer qualquer forma específica

de demonstração do ágio apurado pela pessoa jurídica investidora, no momento da aquisição, por expectativa de rentabilidade futura da pessoa jurídica investida.

O meio de prova a ser adotado pelo contribuinte, então, deve estar circunscritos àqueles permitidos ou não vedados pelo Direito, mas ao seu critério e conveniência.¹²

A investigação pelas normas jurídicas brasileiras que tutelam em geral a questão da prova conduz ao menos aos seguintes enunciados prescritivos:

Código Civil

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico poder ser provado mediante:

I - confissão;
II - documento; III -
testemunha;

IV - presunção;

V - perícia.

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 inexatidão dos lançamentos.

Código de Processo Civil (“antigo”, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A conclusão inevitável é que a “demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração” não possuem forma e conteúdo pré-determinados pelo legislador, que conferiu ao contribuinte liberdade para a adoção dos meios jurídicos probatórios que lhe convier, observadas as normas gerais do Direito quanto às provas em geral que não demandam forma específica.¹³

Assim, é requisito essencial da norma analisada que seja realizada, por pessoa jurídica, uma operação (real, obviamente) de aquisição de investimento em outra pessoa jurídica, na qual haja contraprestação pela investidora de um *sobrepreço* fundado em expectativa de rentabilidade futura por parte da investida, devidamente demonstrada por todas as formas em Direito admitidas.

4.1.2. Fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

A Lei n. 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

Pelo contrário, o legislador utilizou de termos amplos o suficiente para abarcar aquisições realizadas por quaisquer formas de contraprestação: o pressuposto de aplicação da norma é a aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista **contraprestação com ágio**, o que pressupõe a existência de *fluxo financeiro ou quaisquer outras formas de sacrifícios econômicos* envolvidos na operação.

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA¹⁴, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

4.1.3. Desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e ágio por expectativa de rentabilidade futura.

A legislação brasileira dispõe sobre pessoas jurídicas obrigadas à adoção do MEP para refletir em suas demonstrações contábeis o valor do investimento mantido em sociedades coligadas ou controladas pelo valor do patrimônio líquido destas. Por sua vez, também há pessoas jurídicas que, embora não possuam *a priori* tal obrigação, tornam-se igualmente obrigadas a adotar o MEP em situações específicas.

No caso, a norma obtida dos arts. 7º e art. 8º da Lei n. 9.532/97 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

- (i) valor do patrimônio líquido da empresa investida verificado no momento de sua aquisição e;
- (ii) ágio por expectativa de rentabilidade futura incorrido na referida aquisição.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77 prevê que o ágio por expectativa de rentabilidade futura “deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”.

Há, assim, determinação para que o contribuinte realize tal segregação e a demonstração dos fundamentos adotados, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.¹⁵ A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatária, apenas

sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais na proporção máxima de 1/60 ao mês. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.¹⁶

4.1.4. A amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

A regra de amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura não traz ao contribuinte um benefício fiscal pela criação de “créditos presumidos” ou “fictícios”. O legislador simplesmente recorresse (sic.) um sobrepreço efetivamente incorrido e impõe que este seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Ao conceber a amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura como mera *norma de dedutibilidade em conformidade com o conceito de renda tributável*, o legislador, então, prescreveu o necessário emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição.

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração tributária¹⁷. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lein. 6.404/76:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos **princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o **regime de competência**. (grifos acrescentados)

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”¹⁸ está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentesa essas receitas e rendimentos.

A Resolução CFC n. 750/93 também expressou ser decorrência necessária do princípio da competência a adoção do método (ou “princípio”) do confronto das receitas e despesas, como se observa do art. 9º da aludida norma contábil:

Art. 9º. As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

Com as alterações introduzidas pela Resolução CFC n. 1.282/10, o aludido dispositivo passou a constar com outra redação, sem alterar em nada o princípio do emparelhamento das receitas e despesas. Como nem poderia ser diferente, a norma contábil reafirma o método do emparelhamento de receitas e despesas como pressuposto para a concretização do princípio da competência:

Art. 9º. O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, independentemente do recebimento ou pagamento.

Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”¹⁹, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

A questão técnica imediatamente surgida ao legislador foi identificar, nas normas societárias e contábeis brasileiras, formas possíveis para operar o aludido emparelhamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa investida com o ágio apurado pela investidora quando de sua aquisição. Afinal, a despesa com o ágio por expectativa de rentabilidade futura se encontraria em uma entidade (empresa investidora), enquanto que as receitas que ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos financeiros da

controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam trazidos para baixo e confrontados com lucros gerados por esta.

Se o legislador tributário brasileiro estivesse imerso em tal tradição jurídica, certamente não teria qualquer desafio para implementar um permissivo legal à amortização do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura: em razão da consolidação dos balanços e do “*push down accounting*”, haveria comunicação natural das despesas com o ágio e as receitas cuja expectativa de geração futura justificou a sua assunção.

No Brasil, no entanto, não há correspondente ao chamado “*push down accounting*”, com uma tradição societária e contábil firme no *princípio da entidade*. O problema se mostrou evidente: como possibilitar que a empresa investidora amortize o ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, deduzindo-o dos aludidos lucros quando se concretizarem, se estes (ágio e lucro) se encontram em entidades distintas (controladora e controlada)?

Assim, com base nas normas societárias e contábeis brasileiras, coube ao legislador tributário estabelecer uma *fórmula operacional básica* apta a emparelhar o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição.

4.1.5. Fórmula operacional básica: absorção da pessoa jurídica a que se refira o ágio ou deságio (investida) pela pessoa jurídica investidora (ou vice-versa).

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”²⁰, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”²¹.

Nas chamadas *opções fiscais*, o sistema jurídico tributário oferece ao contribuinte mais de uma sistemática para que submeta os seus signos de riqueza à tributação: é garantida ao contribuinte a liberdade para optar pelo caminho que lhe parecer mais adequado, seja por praticidade ou por lhe proporcionar menor ônus tributário.

Explorando o exemplo da DIRPF²², com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma ***fórmula procedimental básica*** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme

estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

Por sua vez, com o objetivo de permitir expressamente a amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura, o legislador tributário também forneceu a **fórmula operacional básica** a ser seguida:

- *os lucros gerados pela pessoa jurídica investida devem ser confrontados com a fração de amortização do ágio apurado pela empresa (coerência do legislador com tradicional método do emparelhamento de receitas e despesas para a apuração do IRPJ).*
- *como não há no sistema jurídico brasileiro norma de consolidação de balanços que conduza ao “push down accounting”, o legislador tributário prescreveu ao contribuinte a necessidade de reunião das pessoas jurídicas investidora e investida (absorção patrimonial), por meio de incorporação, fusão ou cisão.*

É necessário deixar claro que **o legislador não buscou induzir a concentração de empresas** por meio das normas do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Não há vestígios de discussões legislativas nesse sentido, não há indicações de tal jaez no texto legislação e também não se concebe plausibilidade em indução de concentração econômica das empresas.

O legislador não buscou induzir a concentração de empresas pura e simplesmente, como se isso fosse algum valor a ser alcançado pela sociedade. Caso a tradição jurídica brasileira consagrasse norma geral consolidação de balanços, o referido “*push down accounting*” tornaria prescindível o fenômeno da absorção para a reunião patrimonial das empresas investida e investidora, pois a adoção deste método faria com que a empresa investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião **(i)** do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com **(ii)** o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “‘a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”²³.

Essa **fórmula operacional básica** é bem descrita por LUCIANO AMARO²⁴, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de

incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”²⁵.

Para que a junção em uma mesma entidade do fluxo futuro de renda (gerado pelo acervo da investida) com as despesas de ágio para a aquisição do investimento (contabilizado na empresa investidora), a norma prevê amplas formas jurídicas, contemplando *incorporações, fusões* ou mesmo *cisões*.

Assim, considerando que uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de *sobre preço* (ágio) justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma conduz a situações como:

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente, incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem **fusionadas**, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

Nesse seguir, a *mens legis* ou *ratio legis* das regras em análise se torna evidente: o ágio decorrente da aquisição deverá ser amortizado do lucro obtida pela empresa adquirida, o que demanda comunicação entre ambas ou seja, “absorção”. É dizer: para que o objetivo da norma seja alcançado (qual seja, a amortização do ágio), o meio selecionado como requisito essencial foi a reunião, “absorção” das pessoas jurídicas investidora e investida.

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁶, emitidas em âmbito acadêmico:

“Destarte, para que esse objetivo legal seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade da mesma, ou levar o ágio ou deságio para dentro da pessoa jurídica produtora do resultado esperado, o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio ou deságio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas, que ficam absorvidas pela nova.

Em suma, no contexto dos arts. 7º e 8º é essencial que haja absorção de patrimônio por via de incorporação, fusão ou cisão, de maneira a reunir ágio ou deságio e lucro numa única pessoa jurídica.

É por isso mesmo – por ser acontecimento inerente ao tratamento objetivado pela lei – que a reunião das pessoas jurídicas é coisa natural e não deve ser vista com a desconfiança que tem caracterizado alguns procedimentos fiscais, a qual é totalmente descabida quando efetivamente tenha ocorrido uma aquisição com ágio, eis que o passo subsequente inevitável, previsto na lei, é a incorporação, fusão ou cisão das pessoas jurídicas investidora e investida.”

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.²⁷

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA²⁸, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa

investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

4.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento dos elementos da hipótese de incidência e, assim, com o desencadeamento da consequência tributária (amortização fiscal do ágio).

Desde a edição da Lei n. 9.532/97, uma série de questionamentos passaram a ser suscitados diante de casos concretos.

Em uma era farta de reestruturações societárias (“M&A”) impulsionadas por ambiente econômico favorável ao investimento doméstico e estrangeiro, os contribuintes e seus consultores jurídicos precisaram analisar a aplicação das regras de amortização de ágio às peculiaridades dos mais variados negócios jurídicos. A administração tributária, por sua vez, passou a acompanhar e a identificar casos de possível “abuso” no aproveitamento do ágio fiscal.

A jurisprudência administrativa, por sua vez, empiricamente gravou situações como indicativas de “abuso”, o que viciaria de tal modo as operações que lhe destituíriam o direito à amortização de “ágio” referido nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Ao mesmo tempo, a pragmática do CARF também resultou em progressiva indicação de *safe harbours*, fatores que, quando presentes, evidenciariam à administração fiscal a legitimidade fiscal dos negócios praticados pelo contribuinte, colocando-o em um *porto seguro*. Muitas vezes, a presença de algum desses fatores resulta na consideração de uma operação como *a priori* legítima.

Há um limite que deve ser observado em relação a tais critérios de análise colhidos da experiência e de julgados do CARF. Embora sejam importantes para a sistematização da forma como os casos são julgados em vista de elementos em comum, não podem descarrilhar para uma legislativa imprópria desse Tribunal, com enunciação de critérios não previstos nos enunciados legislativos vigentes à época dos fatos geradores.

Não se trata de lista exaustiva, pois tem como propósito a análise do caso concreto dos presentes autos, de forma que está sujeita a atualização e consideração de especificidades.

4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.

Até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia, na legislação, vedação expressa ou mesmo qualquer referência à figura do “ágio interno”. Tal rótulo surgiu da experiência e do manejo de situações concretas e passou a ser regulada expressamente pelo legislador a partir produção da aludida lei. Por se tratar de um rótulo, é preciso compreender a sua extensão e as consequência jurídicas que

emanam da qualificação de uma operação como “*ágio interno*”.

Em termos muito gerais, o chamado “*ágio interno*” consiste em situações nas quais não se encontram presentes partes independentes, com a transmissão do investimento em uma pessoa jurídica para outra, pertencente ao mesmo grupo empresarial. Diz-se, então, que o *ágio* foi constituído “*internamente*”, sem a participação de nenhum participante *externo*.

Em face de uma série de casos considerados abusivos, em que particulares constituiriam *ágios internamente*, sem qualquer causa, com o propósito exclusivo de reduzir a base de cálculo do tributo, passou-se a considerar que a presença de um terceiro independente na operação originária de aquisição representaria um *safe harbour* ao contribuinte. Nesse contexto, as *aquisições de investimento entre partes não relacionadas* passaram a ser consideradas *a priori* legítimas para fins fiscais.

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ²⁹, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de *ágio* “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do *ágio* possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm’s length* o *ágio* realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

Tal fator, embora possa ter elevada capacidade de influenciar a decisão do intérprete, não é, por si só, decisivo (ao menos até a edição da Lei n. 12.973). Ocorre que outros fatores devem ser verificados, como, por exemplo, o requisito fundamental da existência de fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição.

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “*ágio interno*”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “*válido*” ou “*inválido*”. Enquanto o primeiro, *válido*, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, *inválido*, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA³⁰, “*há ágios internos e ‘ágios internos’*”.

4.2.2. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.

A crescente complexidade dos negócios é naturalmente refletida na organização societária das empresas. Por isso, não se pode atribuir à complexidade de operações realizadas pelo contribuinte qualquer pré-conceito que resvale em “*ilegitimidade a priori*” para fins fiscais, bem como não se pode esperar ser possível enquadrar todas as inumeráveis variáveis dos mais diversos negócios jurídicos em apenas algumas poucas caixas hermeticamente fechadas a revisões conceituais. Na verdade, há na Constituição Federal garantia à liberdade auto-organização.

Como o particular possui liberdade de auto-organização, decorrente imediatamente do princípio da livre iniciativa, reestruturações societárias realizadas no âmbito da empresa investidora ou em suas controladas/coligadas (investida) são plenamente possíveis. Se uma reestruturação societária não conduzir à minoração de ônus tributário em comparação com aquele que seria suportado com a mais simples e direta absorção da empresa adquirida pela adquirente e, inclusive, não multiplicar ou de alguma forma ampliar o ágio, então a administração fiscal sequer teria interesse de agir.

A inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas passou, então, a ser considerada como um *safe harbour* em acórdãos do CARF. Como exemplo, é possível observar a decisão a seguir, a qual confirmou a legitimidade da amortização fiscal do ágio:

“A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”

(BANCO GMAC S.A. Acórdão n. 1301-001.224. Processo n. 16327.001482/2010-52)

Como inflexão imediata desse *safe harbour*, é necessário reconhecer que também não é lícito à Fazenda Nacional tributar mais a renda em questão do que seria tributado em comparação com o ônus que seria suportado com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente. A máxima jurídica de que é preciso dar a cada um o que lhe pertence (“*Suum Cuique Tribuere*”) também se aplica ao Direito público e vale tanto para o contribuinte quanto para a fisco.

É, então, defeso à administração fiscal sancionar o contribuinte pelo exercício de sua liberdade de auto-organização, apenas possuindo interesse de agir na hipótese das reestruturações societárias implementadas de alguma forma majorarem a amortização das despesas de ágio que seria possível com a mais simples absorção da empresa adquirida pela adquirente.

4.2.3. A apuração de ganho de capital pelo alienante da empresa adquirida com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura.

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins

tributários. Surgiu a proposta para a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento seja tomada como uma salvaguarda, que influenciaria para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”). Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501³¹, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

“Mais um exemplo. Uma investida pode se encontrar com passivo a descoberto (PL negativo). Não obstante, sua controladora acredita na capacidade de recuperação e de rentabilidade da empresa. Para tanto, a controladora injeta dinheiro na empresa, por aumento de capital, revertendo o passivo a descoberto da investida (PL positivo), para a capacitar à sua recuperação e à geração de rentabilidade. O novo valor de investimento da controladora é o custo de aquisição no aumento de capital (valor em dinheiro aportado): a diferença entre o valor patrimonial da investida segundo o percentual de participação da controladora (equivalência patrimonial) e o custo de aquisição é ágio. Há efetividade econômica nesse ágio. Há pagamento em dinheiro pelo aumento de capital feito: sua contrapartida é aumento do investimento com ágio. O ágio interno é real ou efetivo”.

Duas considerações são necessárias quanto à referida salvaguarda. Primeiro, não se descarta que a apuração de ganho de capital pela empresa alienante possa influenciar o julgador quanto à legitimidade das operações realizadas, tratando-se ou não de casos de *ágio interno*. Segundo, embora este possa ser um elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal das operações.

4.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio.

Na mesma marcha para a interpretação e aplicação das regras da Lei 9.532/97 relacionadas à amortização do ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, alguns fatores passaram a ganhar atenção da jurisprudência administrativa. No entanto, “*permissa maxima venia*”, conforme explicitado nos subtópicos seguintes, tais fatores não apresentam qualquer relevância para a aplicação ou não da norma dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97.

Deve-se repetir a advertência de que os elementos a seguir não compõem uma lista exaustiva. Trata-se apenas de coleção de fatores corriqueiros no debate sobre o tema em análise e que estão presentes no caso concreto ora sob julgamento.

4.3.1. Aspectos temporais da norma de aproveitamento do ágio e as “entidades efêmeras”.

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a

amortização do ágio a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de ágio escriturados por esta.

Em nenhum momento o legislador exigiu que o contribuinte aguardasse algum lapso temporal mínimo para levar a cabo as operações necessárias para o aproveitamento do ágio em questão. A *fórmula operacional básica* prescrita para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais: não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias.

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA³² apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

“É ainda por isso que, nestes casos, se torna irrelevante como se processa a reunião das duas pessoas jurídicas, para o que a lei abre inúmeras alternativas, e nem mesmo é prejudicial aos efeitos da lei que essa reunião se tenha realizado em curto ou em largo prazo, podendo mesmo efetivar-se no próprio dia da aquisição investimento”.

Dessa forma, não possui qualquer relevância para a análise do presente caso argumentos que demonstrem o decurso de longo lapso temporal entre as operações realizadas pelo contribuinte ou, ainda, que tenham sido utilizadas estruturas por curso espaço de tempo (“efêmeras”).

4.3.2. Operações periféricas, adjacentes, intermediárias à reestruturação societária para absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio com o acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “‘a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”³³.

Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas na órbita reestruturação societária requerida pela Lei n. 9.532/97, antes ou após a aquisição da pessoa jurídica com ágio, como por exemplo:

- constituição de pessoa jurídica com aporte de capital necessário à aquisição de investimentos, com diversificação ou não de suas atividades. Após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a chamada “**empresa-veículo**” poderia executar a *fórmula*

operacional básica prescrita pelo legislador, com a incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

- nos casos rotulados de “**transferência de ágio**”, ocorre uma operação de aquisição precedente, entre partes independentes, com a posterior *transferência* do investimento adquirido para outra empresa do grupo. Em outras palavras, após a aquisição de investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, este investimento é transferido para outra pessoa dentro do mesmo grupo econômico, previamente à operação de incorporação, cisão ou fusão que dá ensejo ao direito de amortização das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.³⁴

Para o caso em exame nos presentes autos, interessa analisar com mais detalhes a questão da “empresa-veículo”.

Com paralelo nas “*conduit companies*”, a expressão acolhida na pragmática do CARF pode, em si, dar ensejo a confusões, pois pode abarcar situações distintas e encontrar justificativa por razões variadas, atinentes a fatores de mercado, regulatórios, societários ou mesmo exclusivamente tributários.

Salvo hipótese de fraude, a utilização de “empresa-veículo” não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressa ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são indiferentes ao legislador, gozando daquilo que TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.³⁵ classifica de “*permissão fraca*”. Ensina o Professor que:

“Permissões, no entanto, não resultam apenas de um preceito expresso, mas também da ausência de norma, do que decorre a chamada liberdade negativa. A permissão por ausência de norma (livre por não estar proibido nem ser obrigado) chama-se *permissão fraca*. Já a permissão que resulta da norma se chama *permissão forte*, que aponta para a liberdade no sentido positivo.”

De fato, não há disposição expressa na Lei n. 9.532/97 que vede expressamente a realização de reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo. O que há é uma tese sobre uma “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda da possibilidade de amortização do ágio em face de reorganizações societárias com empresas-veículo.

Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

De início, não se pode jamais perder de vista que, na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI³⁶: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

Além disso, parece fora de dúvida que, ausente manifestação clara e expressa do legislador para a limitação de liberdades fundamentais, qualquer interpretação que conduza a tal limitação deverá ser avaliada a partir das normas constitucionais que tutelam a liberdade que se pretende restringir. **Na ausência de tal manifestação expressa de forma clara pelo legislador, a análise sistemática do ordenamento demanda, antes de tudo, verificar se a interpretação em questão contraria liberdade constitucional de empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece ser dever do julgador administrativo evitá-la. A razoabilidade dessa tese deve enfrentar esse teste fatal.**

A tese em questão evidencia duas interpretações antagônicas do art. 25 da Lei n. 9.532/97:

1ª) A utilização de empresa-veículo é indiferente ou mesmo goza de permissão do sistema jurídico: por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

2ª) A utilização de empresa-veículo faz com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado: por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais³⁷ geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do

art. 170 da Constituição Federal³⁸. Como observa EROS ROBERTO GRAU³⁹, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁰, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

“Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).⁴¹ Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação⁴².

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.⁴³ TULLIO ROSEMBUJ⁴⁴ observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige, contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela⁴⁵.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU⁴⁶, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot*, de

1776) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI⁴⁷ já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo un problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁴⁸, a “intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.” Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias intermediárias, como é o caso da constituição de empresas-veículo.

Por maior que seja o esforço dialético, uma investigação sistemática, com o cotejo analítico das aludidas normas constitucionais, torna evidente não ser razoável a interpretação que, à revelia de lei em sentido estrito nesse sentido, conclua que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”⁴⁹. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

Em linha com o quanto exposto acima, se uma liberdade econômica é bloqueada, ainda que por via obtusa, o Estado deixa de “normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”, o que é consentâneo com a Constituição. Ocorre que a liberdade de empresa, que pressupõe a livre contratação e auto-organização colocam em xeque a tese ora em análise, pela qual uma operação válida perante o Direito privado e que não traz qualquer “prejuízo” ao erário, seria sancionada com o perecimento do direito à amortização fiscal das despesas de ágio garantida pela Lei n. 9.532/97.

Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando a para outras? O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação

à utilização de empresas veículo que pudesse adquirir o investimento e após realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência. Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que três grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e todos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas:

“Empresa A”: Nacional. Adquire os investimentos em outras pessoas jurídicas nacionais e posteriormente os incorpora;

“Empresa B”: Nacional. Por *motivos* gerenciais, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta);

“Empresa C”: Estrangeira. Por *motivos* gerenciais e também para viabilizar a posterior amortização fiscal do ágio, decide constituir uma empresa veículo para a aquisição de investimento e a posterior incorporação da investida (ou ser incorporada por esta).

Se a interpretação sustentada pela PFN for levada a termo, apenas a “Empresa A” estaria livre para se valer da *opção fiscal* outorgada pela Lei n. 9.532/97 e amortizar o ágio à fração de 1/60 ao mês. Tanto a “Empresa B” quanto a empresa “C” seriam privadas da possibilidade de se valer da *economia de opção* em questão.

O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

A desigualdade perpetrada por essa interpretação se mostra mais discriminatória, no exemplo acima, em relação à “Empresa C”. Tratando-se de empresa estrangeira, não se poderia cogitar que incorporasse diretamente a empresa brasileira investida ou, ainda, que fosse incorporada por esta. A isonomia entre esta empresa e as demais concorrentes de mercado apenas se verificaria se, por exemplo, a “Empresa C” constituísse uma pessoa jurídica no Brasil (empresa-veículo), na qual pudesse integralizar capital suficiente para a aquisição do investimento para, após, executar a fórmula prescrita pelo legislador.

A restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a consequente ampliação da maior participação do Estado no patrimônio privado, encontra como obstáculo a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação, torna defesa à administração fiscal ingerências às lícitas decisões empresariais. Ausente lei em sentido estrito, sob pena de arbitrariedade, não pode a administração fiscal se opor às aludidas reorganizações societárias, especialmente quando tal ato conduza, por si só, à maior tributação do patrimônio privado.

4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO⁵⁰, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.⁵¹ Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO⁵² sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

No caso dos autos, a discussão ganha novas cores. Afinal, o legislador tributário prescreveu, por meio dos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, uma *receita operacional básica* que deve ser seguida pelo contribuinte, que exige basicamente que seja realizada operação de absorção patrimonial (incorporação, fusão ou cisão) por razões exclusivamente tributárias: a amortização do ágio.

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto adiante), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a

implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

Se por qualquer *motivo* determinada empresa (investidora), que tenha adquirido investimento relevante em outra pessoa jurídica (investida) com sobrepreço fundado em expectativa de rentabilidade futura, **restar impossibilitada ou encontrar obstáculos para absorver o patrimônio da empresa investida (ou vice-versa)**, poderá, ainda que imbuída única e exclusivamente no propósito de se valer da *economia de opção* e aproveitar a amortização fiscal do ágio, realizar as reestruturações societárias necessárias para desobstruir o seu caminho. Se a constituição de uma outra subsidiária para lhe transferir o investimento for a solução, a operação estará suficientemente justificada pelo propósito de viabilizar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, não lhe sendo exigida a demonstração de qualquer outro propósito extratributário. Não há, nessa hipótese, qualquer óbice no Direito privado ou no Direito tributária para a realização da referida reestruturação societária e transferência do investimento com ágio.

De fato, o legislador tributário estabeleceu uma *fórmula operacional básica* para que fossem emparelhados o ágio escriturado pela investidora com os efetivos lucros gerados pela empresa investida, cuja expectativa tenha dado causa ao ágio apurado quando de sua aquisição. O propósito da realização das operações de absorção patrimonial é justamente cumprir com a necessidade técnica do emparelhamento de receitas e despesas observada pelo legislador para possibilitar a amortização do ágio.

Nesse cenário, por ser impróprio inquirir do particular propósitos extratributários para a implementação de opção fiscal prescrita pelo legislador competente, o chamado “propósito negocial” nas operações para a implementação da *fórmula operacional básica* prescrita nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 é indiferente e não interfere na legitimidade da amortização fiscal do ágio.

Em síntese, parece-me mais harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de reger de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida²⁴ (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*).

²⁴ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

Não me parece ter sido a intenção manifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem vedar (nem mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014) a reorganização e segregação de ativos partir de sua alocação em sociedades (ainda que intermediárias) por meio de mecanismos societários variados (e.g. cisão parcial ou mera constituição com conferência dos ativos a título de integralização ou aumento de capital).

Tampouco se exige propósito negocial extrafiscal na eleição pelas partes da forma por meio da qual será realizada a aquisição do bem desejado, nem mesmo se exige a existência de substância econômica operacional em sociedades intermediárias usualmente alcunhadas de “veículo”.

A legislação apenas exigiu *a união não simulada* da investida e da investidora (ou as sucessoras de seus acervos) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

Assim, não encontram respaldo no direito Brasileiro as teorias estrangeiras, como a teoria do propósito negocial e da substância econômica²⁵. Ademais, admitir tais figuras implica ampla indeterminação legal e conseqüentemente a transferência, para a administração tributária, do papel de suprir tal indeterminação, violando a separação entre os Poderes, a segurança jurídica, e a legalidade material escorada no art. 150, I da Constituição Federal²⁶.

Nesse sentido, partilho das considerações expostas pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, no julgamento do Acórdão nº 1201-006.328, que a seguir transcrevo:

“Considerando que o sistema jurídico tributário brasileiro tem como premissa a segurança jurídica, é fundamental que os contribuintes possuam uma previsibilidade acerca das conseqüências dos atos que serão praticados para que eles possam decidir por fazê-los ou não diante de tais conseqüências.

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

²⁵ “Essas considerações demonstram que as regras comportamentais constitutivas da legalidade não podem ser simplesmente afastadas por princípios ou finalidades estatais relativas ao aumento da arrecadação. Só o Poder Legislativo pode votar uma lei, sendo vedado a qualquer outro Poder o exercício dessa função⁷. Só a lei pode instituir ou aumentar tributo, sendo a lei o ato normativo aprovado de acordo com o procedimento legislativo. Sendo assim, não se pode aceitar que razões fiscais, mesmo que bem fundamentadas, venham a superar a razão para obedecer às regras.” Cf. ÁVILA, Humberto. “Legalidade tributária multidimensional”. In FERRAZ, Roberto. (Coord.). Princípios e Limites da Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-291.

²⁶ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária material: conteúdo, critérios e medida do dever de determinação. 2.ED. São Paulo: Malheiros, 2023.

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.

Aliás, nessas premissas se alicerçaram o julgamento do Superior Tribunal de Justiça quando julgou a validade do ágio interno anteriormente à Lei 12.793/2014:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de

operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as

operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)

Com efeito, na oportunidade, consignou o relator em seu voto:

Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...)."

Estabelecemos, portanto, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão nem figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro (como propósito negocial, empresa veículo e real adquirente) ou a análise econômica das operações para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN (que tampouco foi aventado pela autoridade autuante) trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

Firmadas estas premissas, demonstraremos que a autuação somente poderia, em tese, amparar-se na acusação de simulação, cuja presença no caso em tela já foi afastada pelo eminente relator ao afastar a qualificação da multa de ofício e consignar que:

"Nessa toada, embora toda a operação tenha sido complexa, não parece ter sido eivada de intuito doloso, na definição da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, mencionada pelo artigo 44 da Lei 9.430, de 1996.

Observa-se que todos os documentos acostados aos autos confirmam os relatos feitos pela Recorrente, afastando a hipótese de sonegação, fraude, conluio ou simulação. Além disso, antes do advento da Lei nº 12.973/2014, onde expressamente foi vedada à amortização fiscal do ágio interno, doutrinadores e o próprio Poder Judiciário, em inúmeros casos, acataram a amortização do ágio em situações semelhantes."

7.2 ÁGIO INTERNO

A tese fiscal parte da premissa da excepcionalidade da dedução das contrapartidas de amortização do ágio, que, como regra, somente poderia ser aproveitado fiscalmente como fator de incremento do custo contábil no momento da alienação, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

Também parte do pressuposto de que só há ágio se o sobrepreço decorrer de negócio comutativo entre partes independentes, no qual o adquirente suporte o ônus econômico da operação na qual se adquiriu a participação com ágio.

Um primeiro ponto importante a ser lembrado é que a lei tributária, de maneira independente da contabilidade (especificamente o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598), ao determinar o desdobramento do custo de aquisição, não faz nenhuma distinção a se a aquisição é de uma sociedade parte do grupo econômico ou não.

Dessa maneira, seguindo o comando do artigo 20 do decreto-lei 1.598/77, ainda que se trate de ágio interno, sob a regência do decreto-lei 1.598/77, a *sociedade adquirente está obrigada considerar o ágio* no desdobramento do custo de aquisição, pois o art. 20, tanto na redação anterior quanto na posterior à Lei nº 12.973/14, estabelece um **dever** do contribuinte:

~~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:~~

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido **deverá**, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Da mesma maneira, o artigo 7º da Lei n. 9.532/97, que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura 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.

Desta forma, a legislação permitiu a dedução fiscal no balanço da sucessora sem limitar a dedução do ágio interno, estabelecendo a obrigatoriedade do desdobramento do custo de aquisição em elementos dentre os quais se inclui o ágio.

Ainda, o art. 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, autorizando a dedução a partir da incorporação reversa.

Ora, a realização de operações societárias que impliquem na geração de ágio ocorre tanto entre sociedades independentes quanto entre sociedades ligadas, sendo que a relação entre as sociedades não foi eleita como critério de *distinguishing* pelo legislador tributário. Assim, descabe limitar o alcance do termo "aquisição" às operações entre partes independentes, notadamente considerando que as mesmas operações de compra e venda de bens entre partes dependentes são consideradas "aquisição" para fins de incidência dos próprios IRPJ e CSLL, bem como do PIS e da COFINS, inexistindo hipótese de exclusão da correspondente receita tão somente por ter nascido em operação entre partes dependentes, nem tampouco legislação interna de controle de "preços de transferência" para tais tributos.

Além disso, não se pode condenar a priori qualquer ágio gerado em relação entre partes relacionada. A Doutrina traz exemplos nos quais operações entre partes relacionadas precisem ser feitas a valor real de mercado, apurando-se ágio.

Nesse sentido Marcos Shiguo Takata traz vários exemplos em que a proteção a minoritários justifica a escrituração de ágio interno:

"14. Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não o subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por exemplo, o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É um exemplo de ágio interno real ou com causa sob o aspecto jurídico-tributário. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

14.1. Imagine-se um negócio de aquisição entre duas controladas, ambas com o mesmo controlador. É a aquisição horizontal. Ou seja, uma controlada adquire participação em outra controlada, irmão ou "prima" (as duas têm o mesmo controlador). O investimento adquirido é de tal monta 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” .

Ricardo Mariz de Oliveira, segue na mesma linha, trazendo exemplo distinto:

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

Das lições de Edmar de Oliveira Andrade Filho, podemos ainda extrair conclusões interessantes sobre a validade do ágio interno.

“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”

“As partes relacionadas podem fazer o que a lei não proíbe, ou não fazê-lo nas mesmas condições que contrariariam com terceiros independentes; as pessoas jurídicas são distintas das pessoas físicas são distintas das pessoas dos sócios, cabendo unicamente à lei restringir a densidade normativa deste princípio jurídico. As citadas normas de bloqueio existem para eliminar os efeitos das

operações realizadas fora do âmbito do princípio da equidade ou do ‘dealing at arms length’²⁷

O autor, portanto, confirma inexistir vedação ao ágio interno, sendo que o fator relevante é ao fim e ao cabo a averiguação da artificialidade das operações. Adverte o 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”²⁸

Portanto, não há vedação ao registro do ágio interno para fins fiscais, há, pelo contrário, a obrigação de seu registro e consideração para fins fiscais. Apenas para ágios internos formados a partir de 2014, impõe-se a vedação ao seu aproveitamento.

No caso em questão, a aquisição que deu causa ao ágio foi concluída em 2006, remanescendo sujeita às normas fiscais previstas no Decreto-lei nº 1.598/77, pois a despeito da incorporação dos padrões internacionais de contabilidade ao Direito Brasileiro, promovida pela Lei nº 11.638/2007, os efeitos fiscais das alterações dos padrões contábeis remanesceram neutros no Regime Tributário de Transição do qual trata a lei 11.941/2009, até a efetiva entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014.

Vejamos os arts. 16 e 17 da Lei nº 11.941/09:

“Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007. (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e pelos demais órgãos reguladores que visem a alinhar a legislação específica com os padrões internacionais de contabilidade.

Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na

²⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 49 s 51.

²⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 380 a 382.

competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, **a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:** (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I – utilizar os métodos e critérios definidos pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para apurar o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda, referido no inciso V do caput do art. 187 dessa Lei, deduzido das participações de que trata o inciso VI do caput do mesmo artigo, **com a adoção:**

a) dos métodos e critérios introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei; e

b) das determinações constantes das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no caso de companhias abertas e outras que optem pela sua observância;

II – realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período, apurado nos termos do inciso I do caput deste artigo, no Livro de Apuração do Lucro Real, inclusive com observância do disposto no § 2º deste artigo, que revertam o efeito da utilização de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, nos termos do art. 16 desta Lei; e

III – realizar os demais ajustes, no Livro de Apuração do Lucro Real, de adição, exclusão e compensação, prescritos ou autorizados pela legislação tributária, para apuração da base de cálculo do imposto.

§ 1º Na hipótese de ajustes temporários do imposto, realizados na vigência do RTT e decorrentes de fatos ocorridos nesse período, que impliquem ajustes em períodos subsequentes, permanece:

I – a obrigação de adições relativas a exclusões temporárias; e

II – a possibilidade de exclusões relativas a adições temporárias.

Assim, a separação entre tributação e contabilidade foi mantida durante o período de vigência do RTT, razão pela qual as normas contábeis emitidas pelos órgãos competentes, dentre os quais se encontra a CVM, ainda que rechaçassem o registro do ágio interno, seriam neste aspecto irrelevantes para a obrigatoriedade de registro e dedução fiscal do ágio amortizado.

Este é o cenário normativo que entendo aplicável às operações em comento, dado que a aquisição que motivou o registro do ágio nos termos preconizados pelo Decreto-lei nº 1.598/77 ocorreu ainda no ano de 2006.

Devemos lembrar também que a adoção dos padrões internacionais de contabilidade traz color especial às discussões envolvendo ágios formados a partir da vigência da Lei nº 12.973/14, e o debate torna-se ainda mais interessante e relevante devido ao recorrente uso da redação de tais normas contábeis para rechaçar a validade do ágio interno, mesmo em

operações albergadas pela neutralidade fiscal vigente durante o Regime Tributário de Transição, pois o que ao fim e ao cabo busca-se defender sob essa vertente, é que a geração de ágio se prestaria a mascarar a ocorrência de simples reavaliação de ativos.

Sob a ótica contábil, a leitura descontextualizada do CPC 02 pode trazer alguma neblina sobre o tema. Na contabilidade, muitas vezes as demonstrações financeiras são consolidadas, ou seja, consolida-se as demonstrações financeiras dos vários CNPJs que compõem uma entidade, a qual pode coincidir com o grupo econômico. Dessa forma, cada pessoa jurídica do grupo econômico terá suas demonstrações individuais, e o grupo como um todo, que pode ou não ter registro de grupo econômico conforme facultado pelo art. 269 da lei nº 6.404/67, apresentará demonstrações consolidadas ao mercado.

Sob a ótica das demonstrações consolidadas, os recursos que transitam entre pessoas jurídicas deste grupo acabam não gerando reflexos para essa entidade *supra-CNPJ*, por isso não faz sentido registrar ágio formado em relações entre partes dependentes. Essa é a realidade para a qual as normas contábeis internacionais foram pensadas, razão pela qual a maior parte dos países que adotou o padrão IFRS adotou essas normas somente para as demonstrações consolidadas, mas não para as demonstrações individuais.

No Brasil, a despeito da adoção do padrão IFRS, se utiliza, sobretudo para fins tributários, somente as demonstrações individuais, de maneira que o registro do ágio interno não é indiferente.

Consequentemente temos normas que muitas vezes estão desenhadas para demonstrações consolidadas, mas que *a priori* devem ser aplicadas para as demonstrações individuais, considerando a norma específica de combinação de negócios (CPC 15²⁹), em cujo “Alcance” consta a ressalva de que ela não se aplica para as negociações entre partes sob controle comum, justamente porque foi cunhada para esse cenário de demonstrações consolidadas.

Diante disso temos de interpretar as normas contábeis para criar nossa própria política contábil, sendo sua fiscalização atribuída à CVM no âmbito das companhias abertas.

Nesse cenário, algumas entidades registram transações entre partes dependentes pelo custo sem registro de ágio, havendo quem entenda, por outro lado, que a melhor forma de evidência demanda a aplicação do CPC 15 e registrando o ágio contrariamente ao que prevê o item 50 do CPC 02.

É uma questão controversa. No âmbito internacional, o IASB está discutindo soluções e propondo normas sobre as “Business Combinations under Common Control” (BUCC), sem ter solucionado ainda a questão.

²⁹ “2. Este Pronunciamento é aplicável às operações ou a outros eventos que atendam à definição de combinação de negócios. Este Pronunciamento não se aplica: (...) (c) em combinação de entidades ou negócios sob controle comum (os itens B1 a B4 contêm orientações adicionais).”

No Brasil, a CVM já foi instada a julgar a questão, entendendo que as normas contábeis **não vedariam o registro do ágio**, mas, pelo contrário, deveriam ser interpretadas conforme o contexto de sua criação, ou seja, sob a ótica das preocupações válidas para países onde se faz demonstrações individuais.

No caso Mahle Metal Leve, por exemplo, a CVM concordou que o registro do ágio interno seria necessário, sobretudo para proteger o interesse de sócios minoritários, pois a transação se dava entre sociedades que, embora dependentes, não sofriam influência dos resultados da outra, mas passaram a tê-lo a partir da operação que gerou o ágio, evidenciando que é ainda mais relevante caso as sociedades tenham sócios minoritários que potencialmente seriam afetados pela informação.

Eis uma síntese, sem o mesmo brilhantismo, das considerações tecidas pelo Professor Alexandre Evaristo Pinto em sua Declaração de Voto no Acórdão nº 1201-007.048, na qual o então conselheiro também endereça as frequentes alusões à posição ultrapassada de Eliseu Martins, pela qual o ágio interno não deveria ser contabilizado, esclarecendo que o autor, em trabalho superveniente, esclareceu o contexto das opiniões então exaradas, limitando a aplicabilidade daquelas conclusões a uma proposição *de lege ferenda*.

“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 evidência da situação econômica e financeira de uma entidade aos seus usuários externos, sobretudo investidores e credores.

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

As normas contábeis internacionais (padrão IFRS) foram desenvolvidas tendo por fundamento as demonstrações financeiras consolidadas e a maior parte dos países adotou o padrão IFRS tão somente para as demonstrações consolidadas, de

forma que as demonstrações individuais permaneceram seguindo os padrões locais, inclusive para fins de tributação da renda.

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

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

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

Dessa forma, a partir da premissa das demonstrações consolidadas surgem posições abalizadas da doutrina sobre a inexistência de ágio em operações entre partes dependentes. 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”³⁰

³⁰ 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>>

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

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 apreço³¹.

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.

³¹ 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>>

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada³².

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 Ludícius, 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

³² 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>>

reconhecimento tem-se o registro, na adquirente, pelo valor total referente à transação. Desde, é claro, que tais valores tenham substância econômica”³³.

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 nº 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

³³ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio Interno – É um mito?. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 4o volume. São Paulo: Dialética, 2013. p. 83-103.

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.”

As considerações trazidas pelo Professor Eliseu Martins em seu segundo trabalho acima citado³⁴ têm sua necessidade justificada e confirmada pela leitura feita pelo Relator do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI.

Na leitura do Relator, a definição de custo trazida pelo manual estabelece que o custo é o valor efetivamente despendido pela compra de ações de terceiros. Ocorre que “terceiro” é qualquer pessoa, física ou jurídica, autônoma, ainda que consista em parte relacionada.

O referido manual da FIPECAFI, em sua 7ª edição, ainda confirma que a lógica de suas razões tem como premissa a elaboração de demonstrações consolidadas, que justifica o respeito ao princípio do registro dos ativos gerados internamente pelo valor de custo. Também verifica-se a explícita preocupação com operações artificiais.

Vejamos:

*Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxergá-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a **mensuração a valores de entrada**, não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere*

³⁴ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio Interno – É um mito?. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 4o volume. São Paulo: Dialética, 2013. p. 83-103.

benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade.

(...)

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

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

A mesma preocupação com a artificialidade e com a irrelevância de seu registro sob a ótica das demonstrações consolidadas se evidencia na 10ª edição do Manual da FIPECAFI, atualizada para as normas contábeis internacionais, também transcritas pelo Relator, das quais se extrai:

*Nesse sentido, vale lembrar que a CVM vedava fortemente esse tipo de prática (vide Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 01/2007), uma vez que a operação se realizava entre entidades sob controle comum e, portanto, careciam de substância econômica (nenhuma riqueza era gerada efetivamente em tais operações). Além disso, **o ágio fundamentado em rentabilidade futura (goodwill) proveniente de combinações entre entidades sob controle comum era eliminado nas demonstrações consolidadas da controladora final, tornando inconsistente o reconhecimento desse tipo de ágio gerado internamente (na ótica do grupo econômico não houve geração de riqueza).** (g.n.)*

Verifica-se, portanto, que claramente a recomendação de não registrar o ágio interno vincula-se à existência de ágios interno fictício, criado por essa indústria do ágio e à elaboração de demonstrações consolidadas, premissas essas que, ambas, não existem no caso concreto, justificando tratamento distinto conforme já conferiu a CVM no caso Mahle Metal Leve.

Mesmo sob a regência da Lei nº 12.973/14, independentemente do tratamento contábil, entendo mandatório o registro do ágio interno como decorrência da própria lei tributária. Ocorre que mesmo na redação alterada do Decreto-lei nº 1.597/77, o texto legal comanda o desdobramento do custo de aquisição em três diferentes blocos (valor proporcional do patrimônio líquido, mais ou menos valia de ativos e goodwill), ***inexistindo dispensa de***

desdobramento de custo de aquisição quando a aquisição de participação societária se der entre partes dependentes. Vejamos:

“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.”
(g.n.)

A vedação trazida pela Lei nº 12.973/14 envolve tão somente a exclusão do goodwill gerado em aquisição entre partes dependentes, mas não impede o registro do ágio como resultado do desdobramento do custo de aquisição, que não mais se amortiza contabilmente sob os novos padrões contábeis, afetando o lucro real mediante exclusão.

Portanto, tanto no cenário anterior quanto no posterior à vigência da Lei nº 12.973/14, existe uma obrigatoriedade de desdobramento do custo de aquisição considerando o ágio por rentabilidade futura.

Por fim, vale mencionar que hoje consolidado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da dedutibilidade do ágio interno, entendimento este bem explanado no REsp 2.026.473:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.

2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.

3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de "empresa-veículo".

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n. 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023.)" (g.n.)

Sobre o acórdão mais recente do STJ mencionado pelo Relator³⁵, que veda a dedução do ágio interno, cabem algumas ressalvas. Tratava-se de caso em que se considerou artificial a estrutura organizada por meio de empresa-veículo voltada exclusivamente a viabilizar o aproveitamento do ágio, o que não ocorreu no caso presente no qual a multa qualificada foi expressamente afastada.

Por sua vez, sobre o acórdão CARF nº 9101-006.843 mencionado como representativo do estágio atual dos debates na Câmara Superior de Recursos fiscais, além de não representar a estrutura atual da câmara superior de recursos fiscais, foi prolatado em composição que contava com a atuação de conselheiro suplente. Já no cenário atual de composição definitiva daquele colegiado, as votações têm se dado por voto de qualidade, como evidencia o Acórdão 9101-007.314 de 1 de abril de 2025, o que demonstra pelo menos a ausência de pacificação do entendimento sobre o tema.

Desta feita, o caráter interno do ágio não impede por si só a glosa, razão pela qual, afastada a simulação no caso concreto pelo próprio relator, a glosa deve ser afastada.

7.3 EFETIVO PAGAMENTO

Firmamos a premissa de que a legislação não exige o pagamento com trânsito financeiro direto do adquirente para o alienante para que se considere efetiva a aquisição e assumido o ônus econômico correspondente.

No caso, é verdade que o preço acertado quando do registro original do ágio não foi pago via transferência bancária direta, mas foi inquestionavelmente quitado mediante a cessão de posições ao alienante e confusão patrimonial com ele que, de outra maneira, teriam implicado recebimento dos recursos e subsequente pagamento nos moldes do que pretendia a fiscalização, exigência que entendo impertinente.

³⁵ REsp n. 2.152.642/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/11/2024, DJe de 11/11/2024.

Além disso, o pagamento em questão deu causa à apuração de ganhos de capital, do que trataremos adiante.

7.4 APURAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DOS GANHOS DE CAPITAL COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO

A dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária independe do tratamento tributário de tal sobrepreço na perspectiva do vendedor. A apuração e efetiva tributação de ganhos de capital não é elemento essencial, mas corrobora a higidez de operações geradoras de ágio.

Trata-se de análise útil nos casos de ágio decorrente de aquisição de participações entre partes dependentes, sendo que a utilização de estruturas que impeçam ou provoquem o diferimento da tributação de ganhos de capital, ao mesmo tempo em que se gera ágio, recorrentemente apontada como indicativa de simulação.

Por outro lado, ainda que o ágio ocorra em uma operação entre partes dependentes, havendo a tributação do sobrepreço auferido pelo alienante a título de ganho de capital, não há que se falar em qualquer caráter de fraude, dolo ou simulação, pois seria ilógico sustentar haver planejamento tributário abusivo em que o vendedor paga uma alíquota combinada de 34% de IRPJ e CSLL sobre os ganhos de capital para que o adquirente da participação tenha, só após a união entre a investidora e a investida, a dedução parcelada ao longo de no mínimo 5 anos de uma quantia via de regra equivalente.

Como consequência de tal raciocínio, havendo a comprovação do pagamento de tributo sobre o ganho de capital do vendedor, estará demonstrado por si só o caráter lícito da operação.

No caso em tela, o ganho no montante de R\$ 995.732.356,06 foi verificado, apurado e computado na apuração do lucro real conforme evidencia a DIPJ de 2006, em sua Ficha 06A, Linha 42, de fls. 2353.

40.(-)Perdas em Operações Realizadas no Exterior	0,00
41.LUCRO OPERACIONAL	437.583.576,42
42.Receitas Alien. Bens/Direitos do Ativo Permanente	995.732.356,06
43.Outras Receitas Não Operacionais	0,00
44.(-)Valor Contábil dos Bens e Direitos Alienados	0,00
45.(-)Outras Despesas Não Operacionais	0,00
46.RESULTADO DO PERÍODO DE APURAÇÃO	1.433.315.932,48
47.(-)Participações de Debêntures	0,00
48.(-)Participações de Empregados	0,00
49.(-)Partic. Administradores e Partes Beneficiárias	0,00
50.(-)Contrib. p/ Assistência ou Previd. de Empregados	0,00
51.LUCRO LÍQUIDO ANTES DA CSLL	1.433.315.932,48
52.(-)Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	0,00
53.LUCRO LÍQUIDO ANTES DO IRPJ	1.433.315.932,48
54.(-)Provisão para o Imposto de Renda	0,00
55.LUCRO LÍQUIDO DO PERÍODO DE APURAÇÃO	1.433.315.932,48

Os dados desta declaração são cópia fiel do original.

Data e Hora de Entrega - 27/12/2006, 17h15m20s DRF - São Paulo

A troca de uma dedução equivalente a 34% por uma tributação também de 34% não me parece favorecer o contribuinte no caso concreto sob análise, corroborando que, a

prevalecer a visão do Relator, estar-se ia condenando um verdadeiro “antiplanejamento” tributário.

Este elemento confirma, portanto, a realidade da operação que a distingue dos ágios internos simulados, este sim condenáveis.

7.5 PROPÓSITO NEGOCIAL E RESPEITO AO VALOR DE MERCADO

O Recorrente ainda sustenta que a operação teve propósito comercial legítimo e que o preço firmado respeitou parâmetros de mercado, inclusive como meio de evitar a aplicação das regras de distribuição disfarçada de lucros.

Conforme as premissas teóricas firmadas, não há na legislação brasileira permissivo legal para se exigir propósito extrafiscal para assegurar a dedução fiscal do ágio. Entendo, contudo, que tal propósito foi demonstrado no caso em questão.

Como bem esclarece o Recorrente, toda a movimentação societária foi motivada pela pretensão de um dos sócios da VBC de retirar-se da sociedade e alienar suas ações no mercado, operação cuja execução demandava que este sócio tivesse apenas ações livres, alocando-se as ações bloqueadas que garantiam dívida com o BNDESPAR aos demais.

Sobre o respeito a parâmetros de mercado, a preocupação com as regras de distribuição disfarçada de lucros se mostra verídica, pois relações entre as sociedades em questão, decorrentes da coparticipação na VBC implicaram autuação correspondente por suposta distribuição disfarçada de lucros, conforme se verifica dos Acórdãos CARF nºs 1101-001.471, 1402-002.293, 1201-001.471 e 1401-002.822; este anulado por inovação no critério jurídico pela DRJ, e os demais cancelados pois a relação entre adquirente e alienante não era a de “pessoa ligada” nos termos do art. 60 do Decreto-lei nº 1.598/77, não inclui a relação entre partes que concomitantemente participam de uma terceira.

Esta constatação não só justifica a preocupação com o respeito de parâmetros de mercado, já que autuações por Distribuição Disfarçada de Lucros houve, como também traz a lume a indeterminação da noção de “ágio interno”, que deve ensejar sua interpretação favoravelmente ao contribuinte dado que, à época, não havia o conceito de partes dependentes trazido pela Lei nº 12.973/14 pra impedir a exclusão do ágio interno. Vale dizer, à época, a relação que causava alguma preocupação do fisco para fins de IRPJ e CSLL era a relação entre partes ligadas, que incorreu no caso em tela, ao passo em que a legislação relativa ao Imposto de Renda inclusive estimulava, até pouco tempo antes da geração do ágio em tela, a “geração do ágio interno” ao prever o diferimento da tributação dos correspondentes ganhos de capital no artigo 36 da Lei nº 10.637/02, que vigeu até o final do ano de 2006.

7.6 AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL

Relativamente à CSLL, penso que a dedutibilidade também se encontra assegurada pela legislação, sob a especial fundamentação de que as limitações à dedutibilidade do ágio existentes relativamente ao IRPJ não se aplicam à CSLL, inexistindo, por outro lado, qualquer previsão para a respectiva adição.

A CSLL foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 7.689/88 em tão astuta quanto maquiavélica manobra política visando a segregar parte da arrecadação federal de maneira tal que não fosse repartida com os demais entes federados (Art. 159 da Constituição Federal). Reduziu-se a alíquota do IRPJ e criou-se a CSLL. Assim como Eva, fruto de uma costela de Adão, pode-se dizer que a CSLL deriva, em certa medida, do IRPJ, mas assumiu vida própria resguardando sua autonomia.

A base de cálculo da CSLL foi prevista pelo art. 2º da Lei nº 7.689/88, tendo passado por significativas alterações introduzidas pela Lei nº 8.034/90, que exacerbou a especificidade de sua base de cálculo. De maneira mais ampla, a base de cálculo da CSLL foi definida pelo art. 2º como o valor do resultado (contábil) do exercício, antes da provisão para o imposto de renda. As alterações promovidas pela Lei nº 8.034/90 deram maior concretude à sua base, relativamente a quais seriam as adições ou exclusões pertinentes. Vejamos as previsões introduzidas no § 1º de sua alínea “c”, tal como vigentes à época dos fatos:

“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 investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

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)”

Nos itens 1 e 4, previu-se que eventuais *variações do valor do patrimônio líquido* (e somente dele) que implicassem alteração do resultado em decorrência do Método de Equivalência Patrimonial (Art. 248 da Lei nº 6.404/76) seriam fiscalmente neutras também para a apuração da CSLL. Não pretendeu, portanto, neutralizar os efeitos de *variações* do valor pago a título de ágio, pois este **é imutável**, já que se consubstancia no montante pago excedente ao patrimônio líquido no momento da aquisição, devendo ser registrado contabilmente de maneira apartada conforme determinação do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Afirmar, portanto, que os itens 1 e 4 da alínea “c” acima transcritos importam a neutralidade fiscal do ágio, é desconsiderar sua imutabilidade e confundir patrimônio líquido com o sobrepreço, a ele excedente, é, na essência, assumir a falta de compreensão do conceito mais rudimentar de ágio.

Anos depois sobreveio a Lei 8.981/95, que teve sua redação alterada pela Lei nº 9.065/95, restando seu artigo 57 da seguinte maneira

“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. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)”

O dispositivo, muito embora traga aproximações entre a CSLL e o IRPJ quanto à apuração e pagamento (portanto, quanto ao vencimento, pagamento, período e dinâmica de apuração), **ressalva que tais aproximações não avançariam sobre o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária**, asseverando restarem ***mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor***, salvo alterações pontuais expressas nessa mesma lei.

Deixou-se claro para além de qualquer dúvida minimamente razoável, a autonomia do critério quantitativo de cada um desses tributos.

Essa autonomia foi novamente reafirmada pela primeira parte do art. 13 da Lei nº 9.249/95, curiosamente ao aproximar as bases de cálculo de ambas por meio de sua submissão à regra geral de dedutibilidade de despesas do art. 47 da Lei nº 4.506/64:

“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;

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.

1º Admitir-se-ão como dedutíveis as despesas com alimentação fornecida pela pessoa jurídica, indistintamente, a todos os seus empregados.

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

I - as de que trata a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991;

II - as efetuadas às instituições de ensino e pesquisa cuja criação tenha sido autorizada por lei federal e que preencham os requisitos dos incisos I e II do art. 213 da Constituição Federal, até o limite de um e meio por cento do lucro operacional, antes de computada a sua dedução e a de que trata o inciso seguinte;

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

a) as doações, quando em dinheiro, serão feitas mediante crédito em conta corrente bancária diretamente em nome da entidade beneficiária;

b) a pessoa jurídica doadora manterá em arquivo, à disposição da fiscalização, declaração, segundo modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal, fornecida pela entidade beneficiária, em que esta se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais, com identificação da pessoa física responsável pelo seu cumprimento, e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União." (grifo nosso)

Tamanho esforço legislativo em delimitar as aproximações e distanciamentos entre o IRPJ e a CSLL confirma a ausência de plena identidade entre ambos os tributos, notadamente quanto ao seu critério quantitativo. Muito embora ambos partam do lucro líquido contábil para sua apuração, cada qual sofre adições e exclusões próprios.

Analisando, sob este arcabouço, o Decreto-lei nº 1.598/77, verificamos que seu artigo 25, na redação então vigente, exclui as contrapartidas de amortização do ágio apenas da determinação do lucro real (base de cálculo do IRPJ), não trazendo vedação relativamente à base de cálculo da CSLL. A previsão também confirma que, não fosse a ressalva ali prevista, tratar-se-ia de despesa a priori dedutível.

“Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)”
(grifo nosso)

Ao seu turno, a permissão da dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura (goodwill) introduzida no ordenamento pelo artigo 7º, III da Lei nº 9.532/97 faz referência unicamente ao Lucro Real, justamente porque somente a ele se aplicava a restrição do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598/77.

Por fim, é pertinente enfrentar o argumento de que o inciso III do art. 13 da Lei nº 9.249/95 impediria a dedução das despesas de amortização para a apuração da base de cálculo da CSLL. O argumento, parece-me, decorre da leitura parcial do inciso, que em sua parte final contém ressalva permitindo a dedução — *respeitadas as regras gerais do artigo 47 da Lei nº 4.506/64* — das despesas correspondentes a quotas de amortização de bens móveis (como as participações societárias) *intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços*.

A ressalva, aplicável ao caso em questão, refuta o argumento e confirma decorrer a dedutibilidade do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, de sua natureza de despesa com a aquisição de uma expectativa rentabilidade futura, dedutível a partir da consolidação da entidade que nele incorreu, com a entidade de onde advirão tais potenciais resultados futuros (*matching principle*). Afasta, também, a comum assertiva de tratar-se de benefício fiscal, permitindo que o sobrepreço, como despesa, seja confrontado com as potenciais receitas futuras que lhe deram causa.

Entendo, portanto, procedente o Recurso Voluntário também relativamente à dedutibilidade do ágio para fins de apuração da base de cálculo da CSLL.

7.7 DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Lucas Issa Halah