



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 16561.720119/2017-33
Recurso Voluntário
Acórdão n° 1201-003.581 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2020
Recorrente AMBEV SA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS EVENTO DE INCORPORAÇÃO. ÁGIO INDEVIDAMENTE REGISTRADO COMO RENTABILIDADE FUTURA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO RESIDUAL.

É indedutível o ágio amortizado após evento de incorporação que não se caracteriza como rentabilidade futura por não ter sido observada a ordem de alocação pelo critério residual.

NATUREZA JURÍDICA DO ÁGIO RENTABILIDADE FUTURA AMORTIZADO APÓS EVENTO DE INCORPORAÇÃO.

O ágio rentabilidade futura amortizado após incorporação tem natureza jurídica de perda de capital, posto a Lei 9.532/97 ter promovido a sua identificação com o resíduo devedor apurado pelos lançamentos contábeis próprios desta espécie de evento, regulados antes pelo art. 34 do DL 1.598/77.

ASPECTO RESIDUAL DO ÁGIO RENTABILIDADE FUTURA. APLICAÇÃO PARA FATOS GERADORES ANTERIORES À LEI 12.973/2014.

O ágio rentabilidade futura tem seu valor apurado de forma residual no momento do registro contábil da participação societária adquirida, sendo tal diretriz já observada pelas normas e práticas contábeis no País antes da adoção dos padrões IFRS em 01/01/2008 e, conseqüentemente, antes da Lei 12.973/2014.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO RENTABILIDADE FUTURA APÓS EVENTO DE INCORPORAÇÃO. EFEITOS FISCAIS. DEPENDÊNCIA DAS REGRAS CONTÁBEIS.

O Lucro Real tem no Lucro Líquido do Exercício, apurado conforme escrituração comercial regida pela Lei 6.404/1976 e princípios contábeis geralmente aceitos, o seu ponto de partida, do qual são feitas no LALUR as devidas adições, exclusões ou compensações - se, e somente se - expressamente prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. Nesta linha, no caso de determinados registros serem condenados pelos princípios contábeis

geralmente aceitos à época já vigentes - como registro do *goodwill* pelo valor global do ágio em vez de pelo residual -, tal restrição contábil não pode ser interpretada de modo a dar azo a exclusões adicionais da base de cálculo do IRPJ sob o argumento de que faltou à lei fiscal expressamente dispor sobre a ordem de registro do ágio.

ÁGIO PAGO POR EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. INCORPORAÇÃO. FALTA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE REAL INVESTIDOR E INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO INDEDUTÍVEL.

Não se sustenta, na determinação do IRPJ devido, a dedução de amortização de ágio a pretexto de ser classificável como expectativa de rentabilidade futura se não houver a confusão patrimonial entre reais investidora e a investida.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.

Afastada a acusação de simulação, impõe-se o afastamento da multa qualificada.

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

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei n.º 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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros, em caso de inadimplência. Súmula CARF n.º 108.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016

AMORTIZAÇÃO INDEVIDA DE ÁGIO. LANÇAMENTO REFLEXO.

A glosa de amortização indevida de ágio, por repercutir no Lucro Líquido, deve ser também estendida à apuração da CSLL.

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em conhecer do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, apenas para afastar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao seu patamar ordinário de 75%. Vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que mantinha a qualificação da multa. Mantidas, por voto de qualidade, as glosas de dedução de ágio e a concomitância da multa isolada com a multa de ofício. Vencidos, neste quesito, os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Melo Carneiro e André Severo Chaves (Suplente convocado). Mantida, por unanimidade, a incidência

dos juros sobre a multa de ofício em caso de inadimplência. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa – Presidente

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Junior, Bárbara Melo Carneiro, André Severo Chaves (Suplente convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente). Ausente a conselheira Gisele Barra Bossa.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário contra decisão de primeira instância que manteve autuação fiscal de IRPJ e CSLL por glosa de dedução de ágio referente aos AC 2012 a 2016 no valor global de **R\$ 1.087.438.726,02**.

Síntese de controvérsia

A Recorrente sucedeu a sua controlada AMBEV BRASIL BEBIDAS, a qual, no passado, incorporou a CND HOLDINGS, situada nas Bahamas. Em razão disto, passou a AMBEV BRASIL BEBIDAS a amortizar o ágio então classificado como rentabilidade futura, referente a este investimento na CND HOLDINGS, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A CND HOLDINGS tinha como único bem 50% do capital da CND TENEDORA, holding situada na República Dominicana. Esta última, por sua vez, detinha 83,54% da Cervejaria CND (Cervecería Nacional Dominicana SA), também situada na República Dominicana.

Após analisar as reestruturações societárias procedidas, entendeu a autoridade autuante que não houve confusão patrimonial entre AMBEV BRASIL BEBIDAS, real investidora, e a real investida, a qual, segundo a fiscalização, seria a CND TENEDORA, e não a CND HOLDINGS. Entendendo-se ainda que a criação da CND HOLDINGS foi simulada para deduzir ágio, aplicou a fiscalização a multa qualificada.

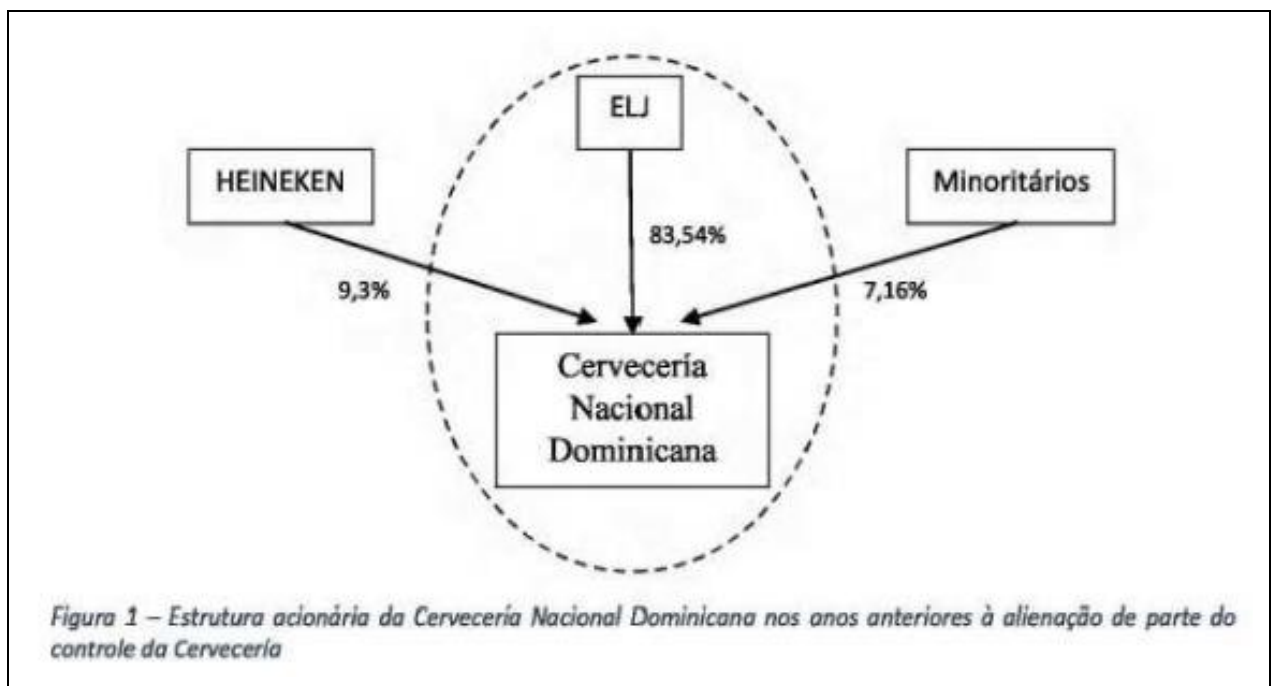
Quanto à apuração do valor do ágio rentabilidade futura, consignou a autoridade autuante não ter sido observado o aspecto residual pela AMBEV BRASIL BEBIDAS, tendo amortizado parte referente a marcas.

Por fim, também identificou que parte do pagamento na aquisição do investimento não teria sido feita pela AMBEV BRASIL BEBIDAS, mas por outra empresa do grupo.

Feito este resumo introdutório para facilitar a compreensão, passo a detalhar melhor os fatos.

Detalhamento dos fatos

Em 11 de maio de 2012, a Ambev Brasil Bebidas S.A., uma então subsidiária integral de capital fechado da Recorrente, concluiu uma transação com a E. León Jimenes S.A., da República Dominicana, a qual detinha 83,5% da Cerveceria Nacional Dominicana S.A. (“Cervejaria CND” ou, simplesmente, “CND”), para realizar uma combinação de seus negócios naquele país. Esta era a estrutura societária inicial:



Pelas negociações, a Ambev Brasil passaria a deter uma participação inicial indireta na Cervejaria CND mediante um pagamento de US\$1,0 bilhão (R\$2,0 bilhões) mais um valor de contribuição feito em ações da Ambev Dominicana, então detidas pela Monthiers, subsidiária do grupo Ambev sediada no Uruguai.

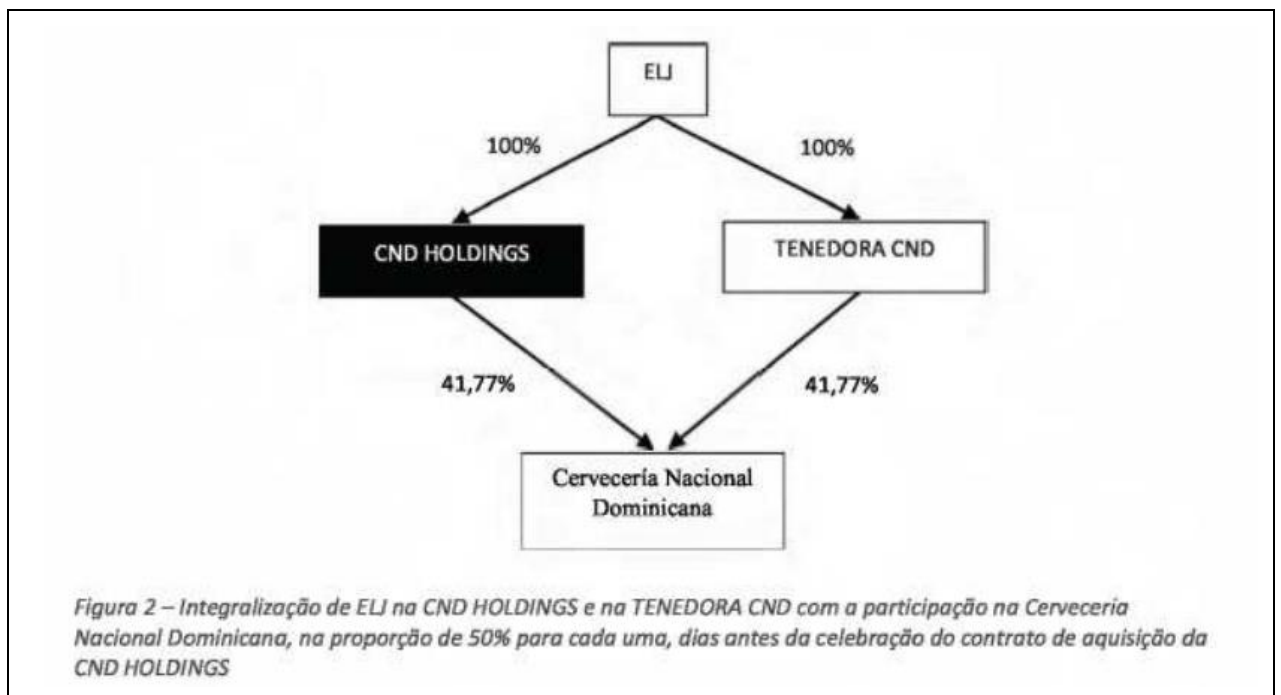
Em 17 de maio de 2012, a Ambev Brasil adquiriu uma participação adicional na Cervejaria CND de 9,3%, que antes pertencia à Heineken N.V. (“Heineken”), por US\$237 milhões.

Em 11 de abril de 2012, foram criadas pela ELJ a CND HOLDINGS, nas Bahamas, e a CND TENEDORA, na própria República Dominicana. Cada uma destas holdings deteria metade do que antes era a participação direta da ELJ na Cervejaria CND, isto é, 41,77% cada uma, conforme figura a seguir:

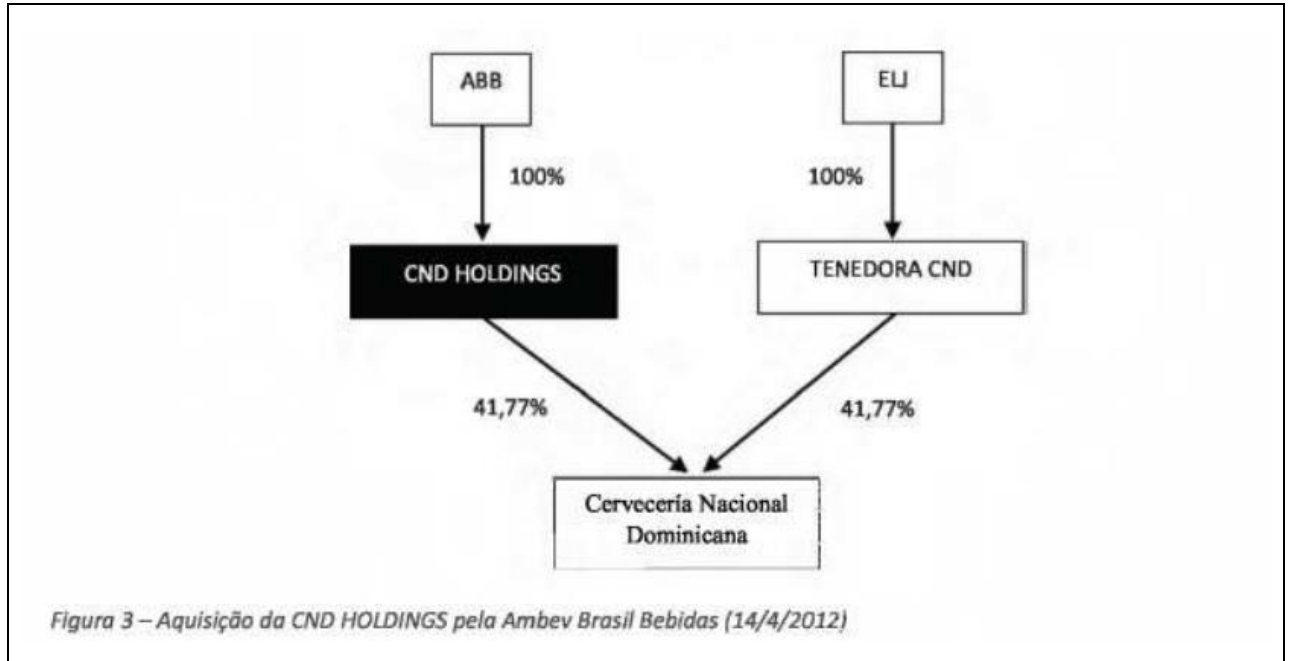
*

*

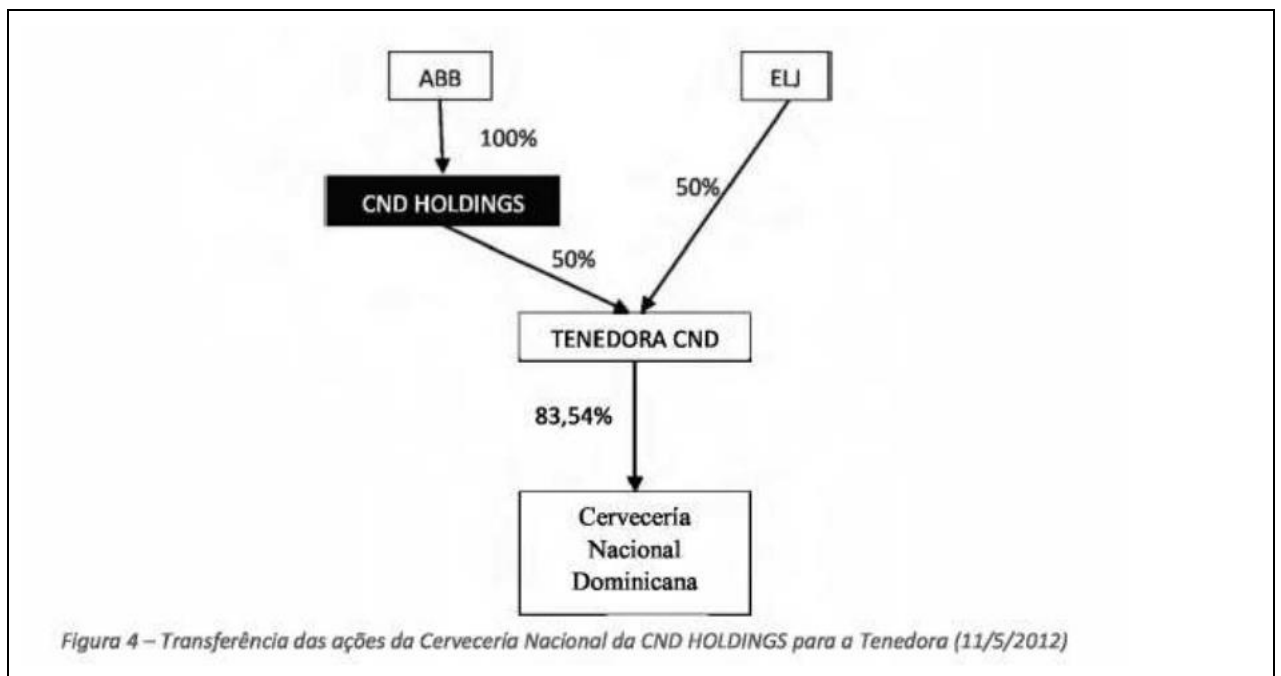
*



Em 14 de abril de 2012, a ELJ alienou a recém criada CND HOLDINGS para a Ambev Brasil. Assim, a ELJ alienou para a Ambev Brasil metade seu controle por meio da CND HOLDINGS.



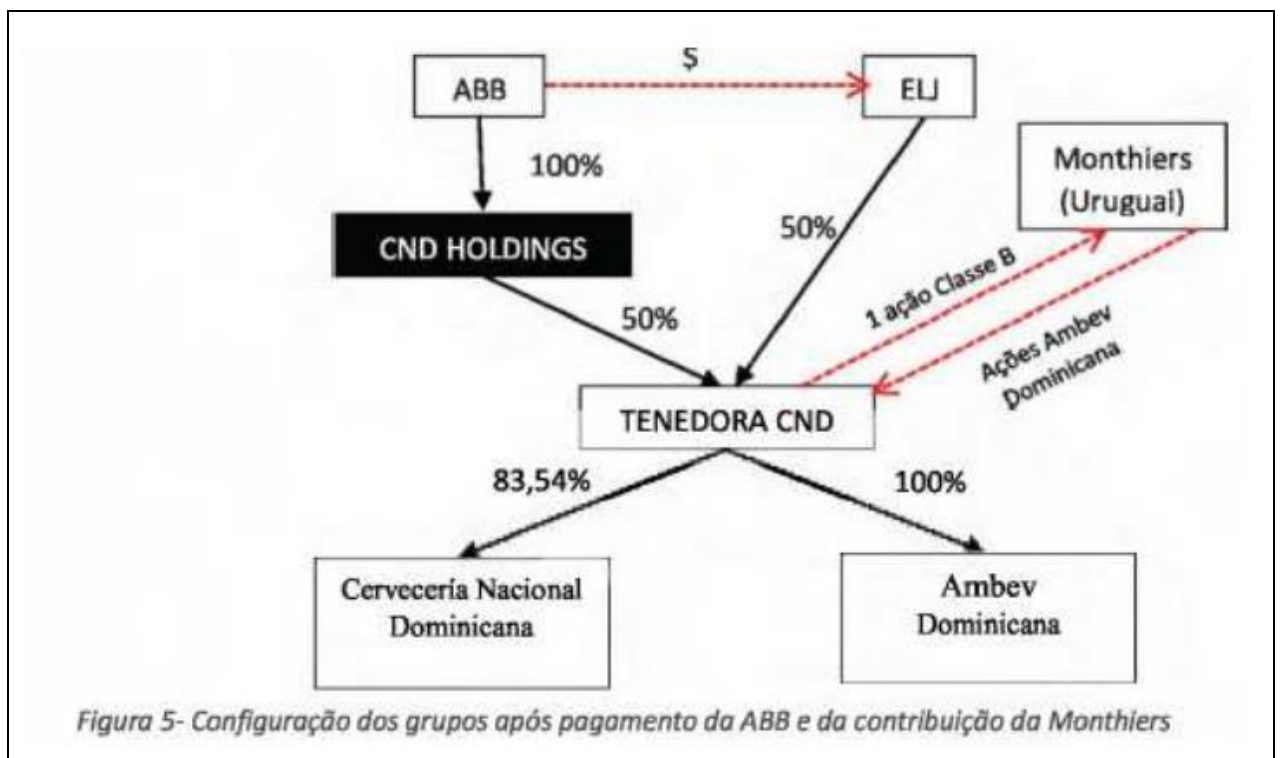
Em 11 de maio de 2012, a CND HOLDINGS utiliza suas ações na Cervejaria CND para integralizar capital na TENEDORA CND, passando o grupo a assumir a seguinte estrutura societária:



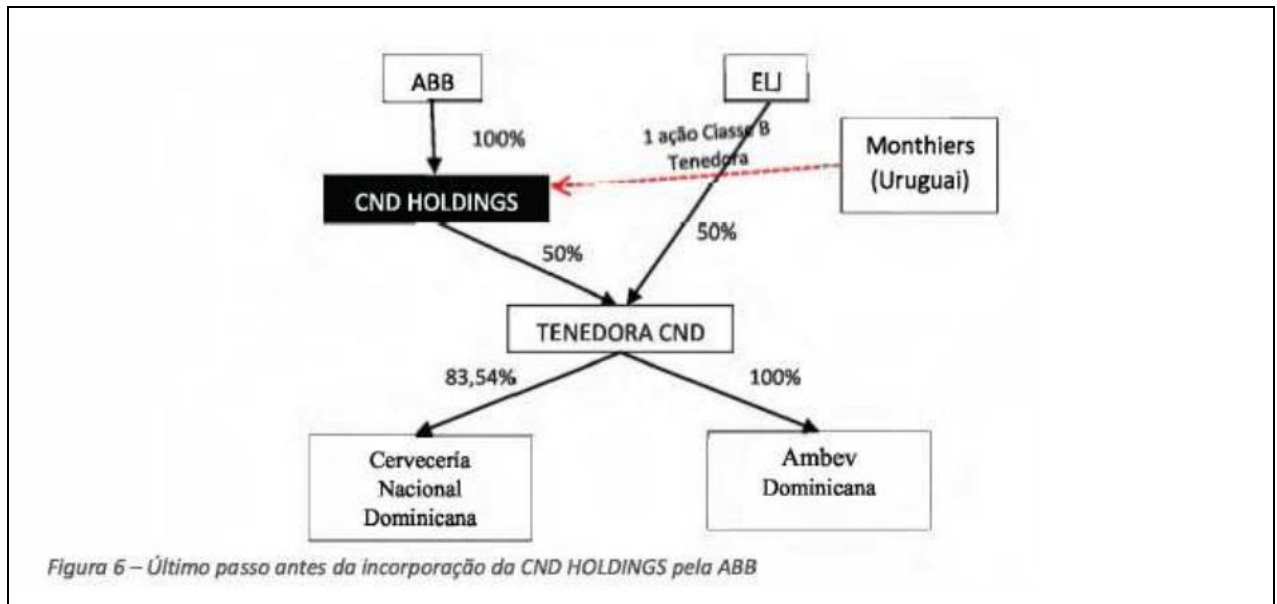
Assim, o controle antes exercido pelos 2 grupos – Ambev e ELJ – de forma separada, passou a ser exercido, na proporção de metade para cada uma, por intermédio da CND Tenedora.

Na parte da transação em que envolveu o aporte das ações da Ambev dominicana pela Monthiers no Uruguai, houve, de fato, reembolso na forma simbólica de uma ação classe B da Tenedora, passando o grupo a assumir a seguinte estrutura:

*
*
*
*
*
*
*
*
*
*
*



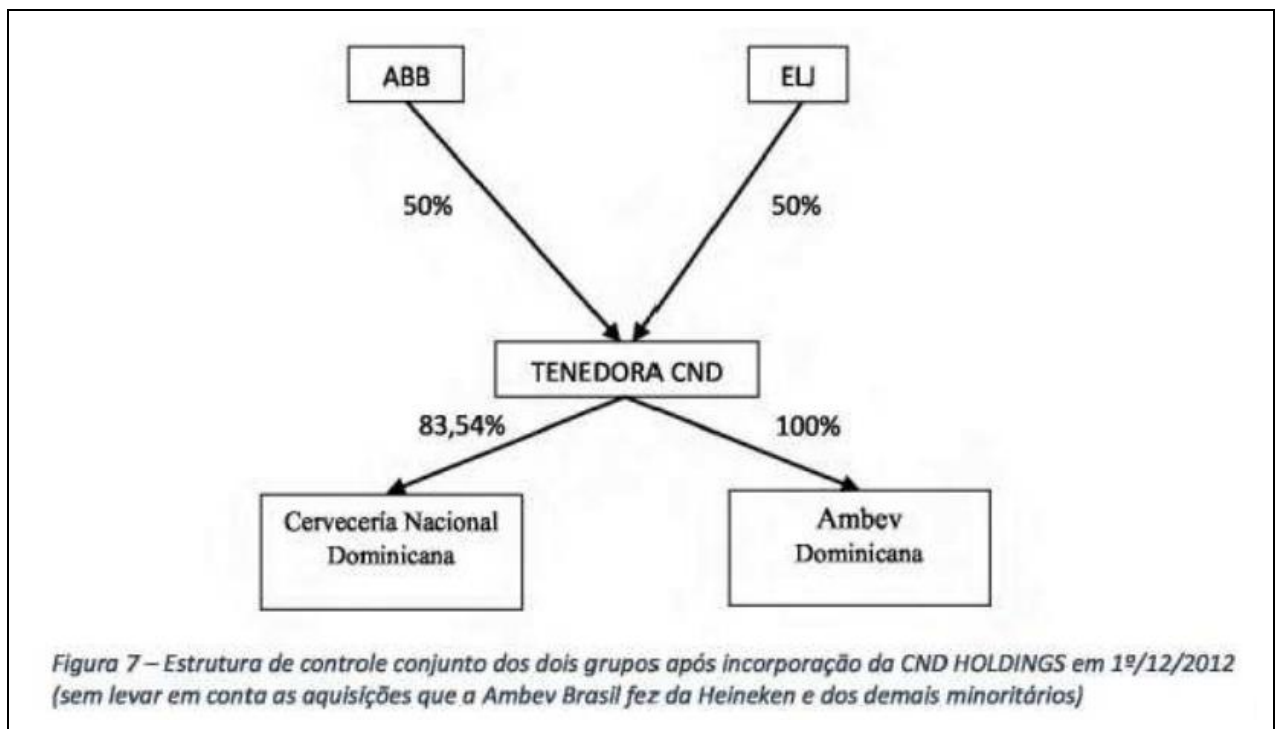
Logo em seguida, a Monthiers vende a sua ação classe B na Tenedora para a CND HOLDINGS por um valor igualmente simbólico:



Em 1º de dezembro de 2012, a Ambev Brasil Bebidas delibera pela incorporação da CND HOLDINGS.

Em 16/12/2012, foi lavrado Protocolo de Justificação e de Incorporação da CND HOLDINGS, o qual informa que a Ambev Brasil Bebidas registrou um ágio na operação de R\$ 1,947 bilhão, fundamentado em rentabilidade futura, que, a partir da incorporação da adquirida, passaria a ser amortizado fiscalmente.

A configuração final do controle conjunto da ELJ e grupo Ambev ficou com abaixo:



Em síntese, a autoridade autuante entendeu que (i) a CND HOLDINGS foi criada com fins de simular o verdadeiro negócio jurídico, que, em tese, seria o de adquirir parte do capital da CND TENEDORA; (ii) a ausência de confusão patrimonial entre a investidora e a real investida; (iii) a Ambev Brasil Bebidas não teria observado a residualidade na segregação do ágio rentabilidade futura, e (iv) a Ambev Brasil Bebidas incluiu no ágio parte de um pagamento que não fez, pois dizia respeito a um valor em ações da Ambev Dominicana, as quais a rigor foram doadas por outra empresa do grupo. Nos termos do relatório fiscal:

O ágio reconhecido na aquisição da CND HOLDINGS foi fruto de simulação e conluio. A CND HOLDINGS não teve propósito negocial, o que, no caso, tem íntima relação com a simulação praticada. A prova indiciária coletada no curso desta auditoria gera a convicção de que a essência da aquisição realizada pela ABB difere do que foi formalizado. A Figura 2 mostra que a CND HOLDINGS foi criada nas Bahamas com metade das ações da Cervecería Nacional Dominicana. Dias depois da sua criação, a CND HOLDINGS passou para o controle da Ambev Brasil Bebidas (Figura 3), que reconhece um ágio fiscal de cerca de R\$ 2 bilhões pela aquisição da bahamense. Menos de 1 mês depois, a CND HOLDINGS transfere aquelas ações da Cervecería para a Tenedora (Figura 4), que passa a ter o mesmo percentual de controle que a ELJ exercia sobre a Cervecería. Sete meses depois, a CND HOLDINGS é incorporada pela ABB. Todas essas transações serviram para encobrir, como ficará provado, a verdadeira operação querida pelas partes: a aquisição de metade do controle da Cervecería Nacional Dominicana por meio da aquisição de metade da Tenedora, como mostra a configuração final dos grupos (Figura 7).

Bastava que a ELJ formasse a Tenedora com 100% das ações da Cervecería e, recebido o pagamento do grupo Ambev, transferisse metade das ações da Tenedora à Ambev Brasil Bebidas. As ações da Cervecería simplesmente fizeram um brevíssimo "cruzeiro" pelas Bahamas para deixar na ABB um ágio formal e artificialmente vinculado à CND HOLDINGS. A simulação consistiu em aparentar transmitir direito a pessoa diversa (CND HOLDINGS) à qual realmente se conferiu (Ambev Brasil Bebidas). Acrescente-se que o direito transmitido (ações da Cervecería Nacional Dominicana) também foi aparente, já que o direito que se quis transmitir foi a metade das ações da Tenedora. O negócio jurídico simulado (aquisição da CND HOLDINGS) ocultou maliciosamente o dissimulado (aquisição de metade do controle da Tenedora). Com isso, o ágio fiscal reconhecido pela ABB vinculou-se ao investimento na CND HOLDINGS ao invés de vincular-se à Tenedora. Como a Tenedora é a holding que até hoje materializa o controle conjunto de ambos os grupos, a ABB não poderia (nem a sua sucessora) amortizar tributariamente um ágio vinculado à Tenedora, pois, de acordo com o art. 386 do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto 3.000/99 - "RIR"), a dedutibilidade fiscal do ágio só é permitida a partir da confusão patrimonial genuína entre a real investidora (Ambev Brasil Bebidas) e investida (Tenedora);

Ainda que, por hipótese, a aquisição da CND HOLDINGS fosse legítima, **a fundamentação econômica do ágio fiscal reconhecido pela ABB está errada e mal-intencionada.** Como evidenciado pelo fato relevante de 16/12/2012 (parágrafo 14), a fundamentação escolhida para o ágio foi "rentabilidade futura". Entretanto, veremos que, de acordo com os documentos apresentados e as demonstrações contábeis arquivadas na CVM e na U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), **boa parte do que se classificou como rentabilidade futura foi, na verdade,**

marcas. E, como se sabe, marcas não são amortizáveis nem contábil nem tributariamente. Além disso, a escolha da fundamentação econômica do ágio fiscal nunca foi uma prerrogativa do contribuinte, que utilizou má-fé para fundamentá-lo sem apoio legal, com vistas a obter vantagem fiscal indevida;

Ainda na linha hipotética de não se admitir invalidade à aquisição da CND HOLDINGS, **também o valor do ágio passível de aproveitamento fiscal calculado pela ABB está errado, pois ela juntou ao seu pagamento pela CND HOLDINGS o pagamento feito por outra empresa que nem brasileira é.** À ABB coube o pagamento em dinheiro à ELJ referente à aquisição da CND HOLDINGS; por outro lado, o pagamento da Monthiers com ações da Ambev Dominicana à ELJ foi pela aquisição de 1 ação classe B da Tenedora, operações que, no seu conjunto, visavam à aquisição de 50% da Tenedora. A despeito disso, a ABB registrou como seu o pagamento feito pela Monthiers; trata-se não apenas de pessoas jurídicas distintas, mas também de objetos distintos (ABB adquiriu formalmente a CND HOLDINGS; Monthiers, 1 ação da Tenedora). Como a Monthiers é domiciliada no Uruguai, o ágio apurado pela Monthiers não poderia ser amortizado no Brasil. Ao juntar os dois pagamentos, o que a ABB fez foi internalizar e amortizar tributariamente no Brasil um intangível alienígena que não poderia reduzir (como o fez fraudulentamente) a base de cálculo do imposto de renda apurado por pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Contra a autuação fiscal, a ora Recorrente – que sucedeu a sua incorporada Ambev Brasil Bebidas – interpôs Impugnação, alegando, em síntese:

1. Que entendeu por quitar a parcela do crédito tributário relativa à acusação fiscal de que a Ambev Brasil Bebidas teria computado indevidamente no custo de aquisição das ações da CND Holdings o valor pago pela Monthiers, mediante parcelamento ordinário;
2. Preclusão da possibilidade de o fisco questionar a legalidade dos atos societários que deram origem ao ágio;
3. Incerteza na autuação ao terem sido combinadas hipóteses alternativas na acusação fiscal;
4. Inexistência de simulação;
5. Imprestabilidade das provas indiciárias carreadas pela fiscalização;
6. Que o ágio era legítimo e fundado em expectativa de rentabilidade futura do investimento lastreado em laudo de avaliação baseado em metodologia de fluxo de caixa descontado e elaborado por empresa de consultoria independente;
7. Que houve efetiva aquisição das ações da CND HOLDINGS mediante pagamento em dinheiro;
8. Que a transação implementou uma associação da Ambev com a ELJ na República Dominicana que foi amplamente coberta pela mídia da época, sendo descabida a acusação de falta de propósito negocial na criação da CND HOLDINGS;

9. Que inexistente previsão legal de desconsideração de negócios jurídicos com fundamento em ausência de propósito negocial;
10. Que a criação da CND HOLDINGS nas Bahamas foi exclusivamente decidida pela vendedora ELJ com o fim de reduzir a tributação sobre o ganho de capital na República Dominicana, onde a renda é tributada em bases territoriais;
11. De que o aspecto residual do ágio rentabilidade futura só deve ser observado a partir da lei 12.973/2014;
12. Que a Solução de Consulta COSIT n.º 03, de 22/01/2016, a qual possui efeito vinculante, preconiza que, antes da lei 12.973/2014 inexistia ordem de preferência entre os fundamentos econômicos previstos no art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77 e que o contribuinte pode vinculá-los às suas motivações econômicas na aquisição do investimento;
13. Que a glosa da amortização para o IRPJ não poderia implicar adição reflexa deste valor na base de cálculo da CSLL, em virtude da ausência de identidade entre a base de cálculo deste imposto e desta contribuição;
14. Que, em virtude de não restar caracterizada a sonegação, simulação, dissimulação, fraude ou conluio, não seria aplicável a multa qualificada;
15. Que, em caso de manutenção da autuação por voto de qualidade, seria razoável a exclusão da multa em respeito ao previsto no art. 112 do CTN;
16. Impossibilidade de concomitância entre a multa isolada e a de ofício;

A Impugnação foi julgada improcedente em acórdão DRJ assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. Inexistente previsão para que o presente processo seja sobrestado, já que, no ordenamento preconizado pelo Decreto n.º 70.235, de 1972, que disciplina o Processo Administrativo Fiscal, não existe determinação para que este, nas circunstâncias do presente caso, tenha o seu trâmite suspenso, no aguardo de decisão definitiva de outros processos em andamento. PRELIMINAR DE NULIDADE. NECESSIDADE DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA AUTUAÇÃO A autuação fiscal está devidamente fundamentada, descreve adequadamente os fatos e fundamentos jurídicos ensejadores do lançamento, identifica o fato gerador da obrigação tributária, tudo conforme preceitua as disposições legais. Rejeita-se a preliminar de nulidade invocada pela defesa, quando não presentes os fatos descritos no artigo 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL A data da aquisição com ágio não influencia na contagem do prazo decadencial, que tem como marco inicial a data de ocorrência do fato gerador do imposto lançado ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O prazo decadencial para o lançamento decorrente de glosa de amortização de ágio é contado da data em que se dá a amortização e não da data em que o ágio é

formado. MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. FRAUDE A simulação tem ínsita no seu conceito a fraude, que se subsume à definição contida no art. 72 da Lei n.º 4.502, de 1964, e à ação dolosa tendente a modificar as características essenciais da obrigação tributária, de modo a reduzir o montante do imposto devido, sendo aplicável a multa qualificada. INTERPRETAÇÃO DE PENALIDADE FAVORAVELMENTE AO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. Estando os fatos que determinaram a aplicação da multa qualificada devidamente identificados e não restando dúvida sobre o enquadramento da situação de fato ao tipo previsto na lei é inaplicável o art. 112 do CTN. MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS APÓS O TÉRMINO DO ANO-CALENDÁRIO. COBRANÇA CONCOMITANTE COM O TRIBUTO DEVIDO, ACRESCIDO DE MULTA E JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE. Inexiste norma jurídica que exonere o contribuinte, após o término do ano-calendário, da multa isolada sobre estimativas, tampouco que impeça a sua cobrança em concomitância com o tributo devido, acrescido de multa e juros de mora. MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. DUPLICIDADE O artigo 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei n.º 9.430, de 1996 demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. Incidem os juros de mora sobre a multa de ofício não paga no correspondente vencimento, calculados à taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA. ANÁLISE VEDADA A autoridade administrativa encontra-se vinculada ao estrito cumprimento da legislação tributária, não dispondo de competência para apreciar inconstitucionalidade e/ou invalidade de norma, considerando princípios constitucionais, quando o diploma está legitimamente inserido no ordenamento jurídico nacional. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - EMPRESA VEÍCULO - ARTIFICIALIDADE - SIMULAÇÃO Não se admite a amortização de ágio gerado quando comprovado que foi fruto de operações artificialmente engendradas, mediante prática de simulação, valendo-se de empresa veículo inexistente de fato. Se a adquirida/incorporada inexistente como “sociedade empresária” não há que se falar em incorporação de fato, dada a simulação existente, portanto descumpre-se um dos requisitos que autorizariam a amortização fiscal do ágio. DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO. ARTIFICIALIDADE A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade. Não há norma de despesa que recepcione um

situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - FUNDAMENTO ECONÔMICO - EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA - MARCAS E OUTROS INTANGÍVEIS O ágio derivado de marcas e outros intangíveis não pode ser amortizado na apuração do IRPJ. Evidenciado que marcas e outros ativos intangíveis da investida eram, ao menos, uma parte do fundamento econômico do ágio pago pela investidora, a norma específica que disciplina o tratamento fiscal a ser dado neste caso deveria ter sido aplicada, no caso o inciso II do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Correto o procedimento adotado pela autoridade autuante, no sentido de dar aos fatos efetivamente ocorridos o tratamento tributário previsto na norma tributária então vigente. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL. Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

Contra a decisão de primeira instância, a ora Recorrente interpôs o presente Recurso Voluntário reiterando, em síntese, as mesmas alegações da Impugnação, além de, em preliminar, a nulidade do acórdão recorrido por preterição de direito de defesa, ao não ter sido enfrentadas todas as questões suscitadas.

Às fls. 3116, a d. Procuradoria da Fazenda Nacional colacionou suas contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira, Relator.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele deve ser conhecido.

Mérito

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, razão por que dele deve ser conhecido.

Preliminar de nulidade do acórdão recorrido

Argui a Recorrente a nulidade do acórdão recorrido ao não enfrentar todas as questões suscitadas na Impugnação, em especial:

1. Que não foi enfrentada a alegação de que a criação da CND HOLDINGS beneficiou a sua própria criadora ELJ no que tange à tributação do ganho de capital auferido na operação, em razão de a República Dominicana tributar a renda em bases territoriais;
2. No tocante à observância ao aspecto residual para o ágio rentabilidade futura antes da Lei 12.973/2014, que a turma julgadora deveria ter confrontado os julgados do CARF em sentido contrário colacionados à Impugnação;
3. Que a autoridade julgadora não enfrentou a alegação de desrespeito à Solução de Consulta COSIT n.º 03 de 22/01/2016, a qual em tese reconheceria a inexistência de ordem de preferência quanto à fundamentação econômica atribuída ao ágio, tendo-se limitado a responder inexistir divergência entre a autuação e a norma referida;

Não obstante a inegável relevância destas questões suscitadas pela Recorrente, as quais serão, se necessário, reexaminadas no mérito deste Recurso Voluntário, entendo que não há vício no acórdão recorrido.

Primeiramente, porque a questão da residualidade, contida nas arguições 2 e 3 acima, restou prejudicada ante o entendimento proferido pela DRJ confirmando a simulação relatada pela fiscalização na criação da CND HOLDINGS; logo, não há necessidade de a autoridade julgadora enfrentar também a questão referente ao aspecto residual, isto é, se está ou não em desacordo com a Solução de Consulta COSIT.

Quanto à questão suscitada na Impugnação de que a criação da CND HOLDINGS nas Bahamas teria sido feita por iniciativa da própria ELJ, a fim de reduzir a tributação do ganho de capital na República Dominicana na alienação da Cervejaria CND, embora em tese este questionamento desafie a acusação de simulação, vejo, *in casu*, que a autoridade julgadora formou seu convencimento acerca desta questão fática com base nos demais elementos indiciários constantes dos autos. Isto é, tal alegação não passou despercebida, tendo sido inclusive consignado no relatório daquele acórdão.

Transcrevo trecho da decisão recorrida que revela parte importante dos elementos de convicção da autoridade julgadora *a quo* acerca da existência de simulação:

Causa-me estranheza a definição prévia no sentido de que a Ambev Brasil Bebidas (Compradora) comprará as ações da Newco (CND HOLDINGS) por um preço total igual ao Preço de Compra Inicial e esta mesma compradora deverá providenciar para que a Newco (CND HOLDINGS) contribua com as ações da Cerveceria Nacional Dominicana para a Holdco (Tenedora) em troca da emissão da Holdco para a Newco de 6.230.139 ações classe B da Holdco. E esse trâmite, compra da Newco com as ações da CND e a Newco “devolvendo” tais ações, justamente o que foi o objetivo da sua constituição, pelo mesmo valor, ocorreu em menos de um mês!

Aliado a isso, ainda consta do contrato, conforme fls. 671/672, cláusula 9.13, item (d) e (f), que “a Compradora deverá ter o direito de preferência de negociar a compra de Ações da Sociedade de quaisquer Acionistas Minoritário da CND para atingir o Limite de 55% da Ambev”, e que “A Compradora deverá contribuir com quaisquer Ações Minoritárias da CND adquiridas de acordo com a Cláusula 9.13(d) e a Cláusula 9.13(e) para a Holdco”.

Ou seja, tudo leva a conclusão que o objeto negociado seria sim a aquisição do controle da CND, mas via Holdco (no caso a Tenedora) e não por intermédio da CND HOLDINGS, como formalmente realizado.

A este respeito, cabe citar ainda o que dispõe o art. 29, primeira parte, do Decreto 70235/72:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, (...).

Tendo a autoridade julgadora *a quo* indicado suficientemente as razões de formação de seu convencimento acerca da questão fática referente a simulação em tese cometida pela Ambev Brasil Bebidas, entendo como prejudicada também esta alegação.

Pelo exposto, rejeito a arguição de nulidade.

Mérito

Identificam-se, a princípio, quatro razões que justificaram a glosa da amortização de ágio classificado pela Recorrente como rentabilidade futura, a saber: (i) a simulação por meio da interposição da holding nas Bahamas CND HOLDINGS; (ii) a inexistência de confusão patrimonial entre a investidora e a real investida; (iii) a inobservância da residualidade no dimensionamento do ágio rentabilidade e (iv) parte do pagamento do ágio ter sido feito com recursos de outra empresa do grupo. Sobre este último, consta petição de desistência da parte da glosa efetuada sob este fundamento às fls. 2791 a 2792 juntada antes do julgamento de primeira instância.

Antes de adentrar as questões, faço um breve resumo sobre o por que se justifica a dedutibilidade fiscal do ágio em eventos de incorporação.

1. Origens da dedutibilidade fiscal do ágio em incorporações

As origens da amortização do ágio rentabilidade futura prevista nos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 remontam, na verdade, ao art. 34 do DL. 1.598/77.

Dispunha o art. 34 do mencionado Decreto-lei 1.598/77 que, quando uma empresa incorporasse outra, em havendo investimento entre elas, era prevista a apuração de um ganho ou perda de capital resultante do confronto entre o *valor contábil* das ações ou cotas sociais extintas e o *acervo líquido a valor de mercado* que o substituíra, isto é, o da empresa investida.

Deste confronto, feito dentro da contabilidade, se apurado saldo devedor, este resíduo seria registrado no resultado do exercício como perda de capital, diminuindo o Lucro Líquido contábil e, conseqüentemente, a base de cálculo do IRPJ. Se credor, seria registrado como ganho de capital e tributado. Alternativamente, no caso do saldo devedor, a lei facultava ainda a sua ativação no Diferido para amortização em até 10 anos.

No caso de a investida ter sido criada pela própria investidora – situação na qual não há registro de ágio ou deságio –, a diferença a valor de mercado dos bens da investida acabava por responder pela apuração do ganho ou perda de capital: se positiva, deveria ser registrada em tese como ganho; se negativa, como perda.

À parte as hipóteses em que a investida é criada pela própria investidora, quando as participações societárias são adquiridas, contudo, a regra é que haja registro contábil de ágio ou deságio, dado inexistir, no mundo real, aquisições de ações pelo valor patrimonial exato de uma empresa.

Tomando-se por base uma aquisição em que se registrassem as três espécies de ágio, o dito *valor contábil*, nos termos do art. 33 do Decreto-lei 1.598/77, era dado pelo valor patrimonial, mais as 3 espécies de ágio: (a), referente a diferença de valor de mercado; (c), por intangíveis identificáveis não reconhecidos no balanço da investida e (b), por rentabilidade futura.

É possível demonstrar, algebricamente, que a diferença entre o *valor contábil* e o *acervo líquido apurado a valor de mercado*, prevista no art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, tende a retornar, no caso de investimentos adquiridos com deságio, uma constante aproximável ao deságio com fundamento da rentabilidade futura (b) e, no caso de ágio, outra, referente à soma dos ágios (b) e (c).

Esta aproximação passa por assumir como igual a zero a variação nas mais ou menos valias dos ativos tangíveis da investida entre a data da aquisição do investimento e a do evento de incorporação. Tal aproximação a zero é razoável na medida em que o intervalo de tempo entre a aquisição do investimento e a data de incorporação costuma a ser de meses – bem como ainda, neste ínterim, os ativos tangíveis avaliados pelo custo de uma empresa investida não costumarem a apresentar variações sensíveis de valor.

Mesmo nos casos em que esta diferença viesse a ser sensível, a troca da avaliação dos ativos tangíveis a mercado (acervo líquido a mercado) no momento da incorporação – como prescrita pelo art. 34 do DL 1.598/77 –, pelo valor efetivamente pago pelo contribuinte no momento da aquisição – e registrado como ágio (a) –, pode ser tida como mais acertada de um ponto de vista contábil por conta do então vigente Princípio do Registro com Base no Valor Original.

Isto é, o Princípio do Registro com Base no valor Original obrigaria o registro dos bens da investida na empresa sucessora pelos seus valores de aquisição, o qual corresponderia, a rigor, ao seu valor patrimonial mais o ágio (a) pago pela investidora, exatamente como prescrito pelo art. 7º da Lei 9.532/97.

Sabendo-se, portanto, que o art. 34 do Decreto-Lei 1.598/77, no caso de incorporações envolvendo deságio, tendia a retornar como ganho de capital um valor constante igualável ao deságio com fundamento (b) e, se ágio, outra equivalente à soma dos ágios (b) e (c) – a Lei 9.532/97 determinou que a pessoa jurídica, ao absorver patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detivesse participação societária adquirida com ágio ou deságio, deveria, em síntese, tomar apenas o ágio ou deságio com fundamento (b) para ser debitado ou creditado contra o Resultado do Exercício em parcelas, num diferimento a que chamou *amortização*.

Com isto, além de alterar a forma como os ativos tangíveis da investida deveriam ser avaliados no data de incorporação – não mais a valor de mercado na data do evento, mas apenas acrescido do valor correspondente não realizado no ágio (a) –, a Lei 9.532/97 excluiu do cálculo da perda de capital, no caso do ágio, os intangíveis identificáveis no patrimônio da investida porém não arrolados no seu acervo líquido.

Ou seja, além de corrigir uma deficiência do art. 34, que permitia deduzir como perda um valor para o qual existiam bens intangíveis que poderiam ser alienados e, com isto, recuperar-se mais uma parte do ágio pago – e.g., marcas, fundo de comércio, direitos de exploração, etc –, a Lei 9.532/97 também corporificou a perda de capital no próprio ágio rentabilidade futura, buscando, assim, sinalizar a existência de possíveis simulações quando o valor pago por esta rentabilidade fosse inverossímil.

Com isto, a Lei 9.532/97 corrigiu deficiências do art. 34 do DL 1.598/77 tanto contábeis – relativas a necessária evidenciação de bens e seus respectivos registros pelo valor original – quanto fiscais, por não mais permitir deduzir perdas inexistentes e por diluir também o

produto desta operação em 60 parcelas ou mais, no caso do ágio, para minimizar os seus efeitos na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

É de se ressaltar, portanto, que os intangíveis não identificados no patrimônio da investida não poderiam mais continuar ocultos após evento de incorporação com o advento da Lei 9.532/97, como antes se deduzia pelo art. 34 do DL 1.598/77. Deveriam ser evidenciados no patrimônio da sucessora, o que importaria lançamentos a crédito na contabilidade a serem feitos contra o antes contabilizado, na investidora, ágio de fundamento (c).

A partir do evento de incorporação, o saldo do ágio rentabilidade futura continuaria a ser amortizado dentro da contabilidade da sucessora, mas não mais na proporção das projeções feitas para os lucros, conforme “demonstração a ser arquivada pelo contribuinte como comprovante da escrituração”¹, mas de forma a obedecer ao comando legal de no máximo 1/60 do valor global do ágio rentabilidade futura.

Ainda, além das abundantes evidências extraídas da *ratio legis* acerca da natureza jurídica do ágio deduzido após incorporações como perda de capital, cumpre destacar que a exposição de motivos da Medida Provisória MP 1.602/97, depois convertida nos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97, justifica tais alterações legais em termos radicalmente diferentes do que seria uma *intentio legis* de instituição de benefício fiscal: tratar-se-ia de uma regra antissimulação:

“11. O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método de equivalência patrimonial. **Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos ‘planejamentos tributários’, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.**”

Deve-se acrescentar ainda que, se a participação tivesse sido adquirida com deságio, o resultado após a incorporação seria um aumento da base de cálculo ordinária do Imposto de Renda (e da CSLL). Se as alterações da Lei 9.532/97 de fato tratassem de um benefício fiscal de amortização de ágio, não poderia, de outra banda, ter instituído uma

¹ Art. 20 (...)

(...)

§ 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. (Decreto-lei 1.598/77)

tributação do deságio, como o fez, sem não infringir o disposto sobre o acréscimo patrimonial, contido no art. 43 do CTN.

Ou seja, tanto pela *ratio legis*, quanto pela exposição de motivos, conclui-se inexistirem evidências de que os art. 7º e 8º pudessem tratar de alguma forma de benefício fiscal para grupos habilitados em leilões de licitação, ou mesmo de qualquer outra natureza.

O último ponto contrário à tese de benefício fiscal é o de ser difícil conceber uma regra com tal intenção sem que a lei não o restringisse para o grupo supostamente beneficiado, no caso, os grupos empresariais vencedores dos leilões de privatização. Isto é, não faz sentido conceber uma redução de base de cálculo de tributos apenas para incentivar maiores lances em leilões de privatizações porém a rigor dirigida a todo o universo de empresas, como acabou ocorrendo com a Lei 9.532/97. Isto porque Governos não abrem mão de arrecadação ampla e irrestritamente, mas apenas o bastante para atingir seus fins políticos.

Por fim, forçoso é concluir que os art.7º e 8º da Lei 9.532/97 apenas corrigiram os lançamentos contábeis de incorporação de modo a (i) evidenciar os intangíveis no patrimônio da sucessora; (ii) retificar a avaliação dos bens do acervo líquido da investida; (iii) melhor dimensionarem o tamanho da perda de capital; (iv) mitigar os efeitos deste tipo de apuração no resultado por meio de uma amortização obrigatória e (v) identificar a perda de capital com a própria rentabilidade futura, de modo a expor mais facilmente os casos de simulação.

2. Da não revogação da apuração da perda de capital prevista no art. 34 pelo art. 21 da Lei 9.249/95

Sobre o tema, algumas argumentações são observadas no sentido de que a apuração de ganho ou perda de capital prevista neste Decreto-lei teria sido revogada pela Lei 9.249/95, ao supostamente transferir tal apuração da sucessora para a empresa a ser absorvida.

Dispunha o artigo 21 da Lei 9.249/95:

Incorporação, Fusão e Cisão

Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

(...)

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, que optar pela avaliação a valor de mercado, a diferença entre este e o custo de aquisição, diminuído dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, **será**

considerada ganho de capital, que deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda devido e da contribuição social sobre o lucro líquido.

§ 3º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, os encargos serão considerados incorridos, ainda que não tenham sido registrados contabilmente.

O dispositivo legal acima, como se observa, trata da última tributação a ser apurada na pessoa jurídica que fosse absorvida em incorporação, nada falando, contudo, da sucessora, cujo ganho ou perda de capital no evento era regulada pelo art. 34 do Decreto-lei 1.598/77. Contabilmente, pode-se ainda confirmar a interpretação literal deste dispositivo.

No caso de a incorporação ser reversa – hipótese possivelmente a mais comum –, não haverá qualquer conflito entre estas regras; pelo contrário, elas se complementarão, porque, tanto investida, quanto investidora, terão seus itens patrimoniais ao final reavaliados: a investida-incorporadora terá seus bens acrescidos do ágio de fundamento (a) da investidora, enquanto a investidora-incorporada terá os seus avaliados a mercado, sendo que, para isto, deverá apurar seu último ganho de capital antes de transferir seu patrimônio para a sucessora.

No caso de a incorporação ser direta, também não haverá conflito: se exercer a opção de transferir a mercado, já atenderá o comando do art. 34 do Decreto-lei, que prevê a diferença entre o valor contábil e o acervo líquido a mercado da investida. Se exercer a opção de transferir a valor patrimonial, não apurará ganho de capital. Em compensação, ao darem entrada por valor contábil na investidora-sucessora, estes bens deverão ser reavaliados em atendimento ao comando do art. 34, gerando uma contrapartida em Reservas de Reavaliação. Esta será tributada à medida em que os bens incorporados forem sendo realizados, nos termos do art. 35 do Decreto-Lei 1.598/77.

Com o advento da Lei 9.430/96, o §1º do seu art. 1º passou também a fazer remissão ao art. 21 da Lei 9.249/1995, mas apenas para confirmar que a data de apuração do último ganho de capital da empresa extinta é a do evento de fusão, cisão ou incorporação.

Com a Lei 9.532/97, passa a haver certo o conflito entre as disposições do art. 21 da Lei 9.249/95, devendo, conforme o caso, considerar tacitamente revogado o disposto na norma anterior.

Ou seja, no caso de incorporação direta, não fará mais sentido em transferir os bens a valor de mercado para a investidora-sucessora, conforme opção facultada antes, dado que estes já serão forçosamente acrescidos do ágio de fundamento (a). Apenas no caso da incorporação reversa é que a faculdade prevista no art. 21 continuaria plenamente aplicável.

Assim, entendo que a apuração do ganho ou perda de capital prevista no art. 34 do Decreto-lei 1.598/77 não foi revogada nem pela Lei 9.249/95, nem por nenhum outro diploma legal até a entrada em vigor da Lei 9.532/97, a qual passou a regular diferentemente esta mesma matéria.

3. O caráter residual do ágio rentabilidade futura antes da Lei 12.973/2014 e antes da própria adoção do IFRS no Brasil

Discute-se se o ágio rentabilidade futura, antes da Lei 12.973/2014, tinha ou não valor residual, isto é, se era atribuído a ele apenas a parte do investimento para o qual não se encontravam bens capazes de responder pelo valor pago na operação.

Como é de se deduzir pelos tópicos ao norte já expostos, a residualidade do ágio rentabilidade futura é requisito essencial para se reconhecer a natureza jurídica da dedutibilidade prevista no art. 7º da Lei 9.532/97 como de perda de capital. Sem tal característica, sobra readmitir a tese de que a amortização do ágio pós-incorporação foi permitida a título de um benefício fiscal na forma de uma despesa que antes era indedutível.

A residualidade do ágio rentabilidade futura já era regra na contabilidade no Brasil antes da adoção dos padrões internacionais em 31/12/2007, sendo, inclusive, identificável no art. 14, §2º, da Instrução CVM nº 247/1996, com redação da 285/1998².

De fato, do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 não se extrai textualmente a ordem de preferência no registro do ágio. Mas esta ordem já era informada pela contabilidade e, após a Lei 9.532/97, passou a poder ser extraída também do próprio texto desta, quando, em vez de seguir a ordem alfabética “(a), (b) e (c)” para os fundamentos do ágio, disse: “(a), (c) e (b)”. Confira-se:

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:

² Art. 14 (...)

(...)

§ 2º 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, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma:

a) o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro – no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio;

b) o ágio decorrente da aquisição do direito de exploração, concessão ou permissão delegadas pelo Poder Público – no prazo estimado ou contratado de utilização, de vigência ou de perda de substância econômica, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento.

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).

Ou seja, o que sobrasse após a alocação dos ágios (a) e (c) poderia ser amortizado, como ágio (b), em parcelas máximas de 1/60.

Por fim, tomo a liberdade de transcrever dos autos do Termo de Verificação Fiscal de lavra do Auditor-fiscal Dr. Claudio Wasserman, o qual ilustra com referências importantes a constatação de que o ágio rentabilidade futura ou *goodwill* já possuía seu valor apurado de forma residual em relação às demais parcelas do investimento no Brasil muito antes da Lei 12.973/2014:

Conceitualmente, o *goodwill* é plenamente definido há décadas (e mesmo há mais de 100 de anos) pela doutrina contábil. Fabio Besta, contador italiano nascido em 1845, deu uma definição de “aviamento”, em livro escrito no final do século 19, que se aproxima das mais modernas definições de *goodwill*:

O valor do aviamento de um negócio singular ou de uma empresa no seu conjunto é essencialmente igual ao valor atual do excesso dos lucros que, na hipótese de uma administração normal, dirigida por energias físicas, de vontade e de inteligências normais, comuns, possam ser esperados ou presumidos de capitais investidos efetivamente no negócio ou empresa, sobre os lucros médios que costumam produzir capitais empregados com igual segurança em outros negócios ou empresas similares ou análogos, mas em condições comuns, não privilegiadas.

113. Hendriksen e Van Breda, considerados dois dos maiores doutrinadores contábeis de todos os tempos, em seu livro seminal *Accounting Theory*, de 1965, citam a definição de *goodwill* dada por William Andrew Paton em seu livro também chamado *Accounting Theory*, mas escrito em 1922, e fazem os seguintes comentários (pág. 348/349) sobre o *goodwill* visto como ativo residual:

Goodwill as capitalized value of excess earnings may be thought of in the words of Paton as “...the value of all income-producing factors which are independent of and in addition to the ordinary purchased assets...” All assets obtain their value to the firm because of their expected contribution to the stream of future earnings and cash flows. Therefore, the entire value of the firm should be allocated to the specific assets giving rise to this income stream. If the expected income stream should increase (after making payment for superior management skills), the values of all assets or of specific assets to this increase are now worth more than before. Generally, however, it is not possible to allocate the total value of the firm over the specific assets. Receivables can be valued in terms of the discounted expected cash receipts, inventories can be valued

in terms of net realizable value, but land, plant and equipment, and patent rights cannot be associated with specific expected money flows. The unallocated value is, therefore, recorded as *goodwill* – a master valuation account (“conta residual”, em tradução minha). [...] *Goodwill* is not an adequate substitute for the careful determination of the cost of specific assets based as closely as possible on their value to the firm at the date of acquisition.

114. A citação em inglês acima não indica atitude presunçosa ou pretenciosa; a ideia foi mostrar que, em 1965, Hendriksen e Van Breda já se apoiavam claramente no sentido já então de décadas de que o *goodwill* era residual. Na 5ª edição (1992) do livro, traduzida para o português e aqui publicada em 1999, o livro dos dois autores contém passagem que se assemelha à acima retirada da primeira edição, com algumas complementações que não desvirtuam o sentido original, como abaixo se reproduz:

Por outro lado, quando outra empresa é comprada, o preço pago pode ser alocado, de alguma forma, às contas da empresa compradora. A prática americana consiste em alocar o máximo possível do preço de compra a ativos específicos, indicando o resíduo como *goodwill*. O *goodwill* é reconhecido, portanto, por diferença. Às vezes, nenhuma tentativa é feita para alocar a ativos específicos a diferença positiva entre o valor de mercado da empresa e o valor contábil desses ativos. Muito embora esse resíduo possa ser chamado de *goodwill*, ele possui poucos dos atributos de um ativo intangível. Ao contrário, essa diferença simplesmente representa custos não alocados de ativos tangíveis e alguns intangíveis específicos. Esse tipo de *goodwill* não é um sucedâneo adequado para a determinação cuidadosa do custo de ativos específicos, baseada tanto quanto possível em seu valor para a empresa na data de aquisição.

115. Em sua tese de doutorado, depois de traçar a evolução conceitual e a natureza do *goodwill*, Massanori Monobe assim se pronuncia sobre como atualmente se alinha a maioria dos doutrinadores acerca do tema: A maioria dos autores, entretanto, concorda atualmente em que o *goodwill* é uma resultante do valor de empresa como um todo, em termos de sua capacidade de geração de lucros futuros, e do valor econômico dos seus ativos identificados e contabilizados. (pág. 56) [...] O *goodwill*, em sua natureza, é um valor decorrente da expectativa de lucros futuros e da contribuição atribuível aos ativos não identificados e/ou não contabilizados pela empresa, bem como a sub-avaliação dos ativos e até métodos de mensuração. É um valor residual atribuível, entre outros fatores, à existência de administração eficiente, processos industriais e patentes próprios, localização ótima, recursos humanos excelentes, efetividade de propaganda e condições financeiras privilegiadas e do grau de sinergia, fatores importantes para a empresa, mas não contemplados pela contabilidade, em função da dificuldade de sua mensuração. Acabam todos incorporados ao valor do *goodwill* quando a empresa é vendida. (referência) Assim, o *goodwill* difere dos demais ativos intangíveis e separáveis que podem ser transacionados individualmente, pois tem a sua existência vinculada a existência da firma, dela não podendo ser separada e vendida. (referência)

116. Cite-se ainda a 7ª edição do Manual de Contabilidade por Ações, de 2009, que trazia um suplemento que explicava, agora para um público mais abrangente, o que era *goodwill*:

Em operações de combinações de negócios, sobretudo em operações de aquisição de controle acionário ou de participações acionárias significativas no capital de uma companhia, é comum o surgimento de “mais valia” sobre o valor de patrimônio líquido da ação da sociedade investida. Muitas vezes é possível identificar essa “mais valia” como resultado da diferença entre o valor de mercado de um imobilizado tangível

e o seu valor contábil líquido. Por outro lado, por vezes essa identificação não é possível, remanescendo um ativo “residual” que recebe a denominação amplamente aceita de *goodwill*.

Isso é possível considerando, obviamente, que todo o esforço tenha sido envidado para alocar o “sobrepço” a ativos e passivos identificados que tenham dado causa ao surgimento na avaliação econômica realizada. Esse procedimento já é requerido no Brasil, no âmbito do mercado de capitais, por força do Decreto-lei no 1.598/77 e da Instrução CVM no 247/96, com nova redação dada pela Instrução CVM no 285/98. Nas demonstrações individuais e nas consolidadas ele é alocado diretamente aos ativos e passivos a que se refere.

E o que representa o *goodwill*? Em verdade, nada mais é do que expectativa de rentabilidade; um agregado de benefícios econômicos futuros, ou, sintetizando, um conjunto de intangíveis não identificáveis no processo de aquisição (inclusive a sinergia de ativos e a capacidade de gestão de novos administradores), para os quais objetivamente não é possível proceder-se a uma contabilização em separado. Repetimos que os valores que possam ser vinculados a ativos individualizáveis, identificados e com vida própria, mesmo que intangíveis, devem ser segregados do *goodwill*.

[...] Aqueles intangíveis que estiverem inseridos no preço de aquisição pago por um negócio, e puderem ser tecnicamente identificados, de modo confiável, devem ser contabilizados em separado do *goodwill* pelo seu valor justo [...]

As práticas contábeis internacionais definidas pelo International Accounting Standard Board (IASB), mais especificamente o IAS 38 – “Intangible Assets”, também caminham nesse sentido. Em seu §34, o IAS 38 requer que um intangível, que seja passível de identificação, seja contabilizado separadamente. Assim orienta:

“34. Portanto, de acordo com este pronunciamento e com o IFRS nº 3, o adquirente deve reconhecer, na data da aquisição, separadamente do *goodwill*, um intangível da empresa adquirida, se seu valor justo puder ser mensurado de modo confiável, independentemente de o intangível estar registrado na contabilidade da empresa adquirida, previamente à operação de combinação de negócios (business combination). (tradução livre e grifado pelos autores)”

[...] Quando as normas falam em mensuração de modo confiável, contabilização em separado, é num contexto de aquisição de uma companhia como um todo (business combination). É para efeito de decomposição do custo total incorrido na operação, conforme gráfico sugerido anteriormente.

117. Ainda na linha do que dizem os doutrinadores brasileiros, apresentam-se abaixo alguns trechos de um artigo publicado na Revista de Contabilidade da UFBA:

Há, aqui, um ponto relevante: contabilmente, *goodwill* é a diferença entre o valor de uma empresa como um todo, em marcha, e a soma algébrica de todos os ativos e passivos dessa empresa avaliados individualmente a valor justo (Pronunciamento Técnico CPC 15 – Combinação de Negócios); e há as definições atuais do que sejam ativos e passivos passíveis de registro individual, fundamentadas fortemente na possibilidade de sua existência em separado, na possibilidade de sua negociação segregadamente e na possibilidade de uma atribuição razoavelmente objetiva e aceita de valor. Como o *goodwill* é, pela sua definição, um valor residual, se reconhecido um ativo intangível qualquer, seu valor produz concomitantemente uma redução do valor atribuído a ele, *goodwill*. Assim, se não se consegue atribuir valor a uma marca, ou não se consegue caracterizá-la como ativo, isso significa que no *goodwill* está inserido o valor dessa marca. Porém, o que não se pode é, conceitualmente, confundir o valor de uma marca com o valor do *goodwill* da empresa; no fundo, a procura pela forma objetiva de mensuração do valor da marca teria como consequência a segregação desse valor do atualmente atribuído ao *goodwill*.

118. Para finalizar as citações sobre desde quanto o *goodwill* é estudado e compreendido, cito a evolução histórica do *goodwill* apresentada no livro de Paulo Schmidt e José Luiz dos Santos, “Avaliação de ativos intangíveis”, de 2002. Os dois autores catalogam (referências) uma extensa lista, que vai de 1897 a 1972, sobre a contribuição dos doutrinadores contábeis mundiais acerca do *goodwill*:

[lista suprimida]

119. Como se vê, a doutrina contábil brasileira (e universal, tirando uma corrente minoritária que nem sequer admite o seu reconhecimento como ativo) sempre imaginou que o *goodwill* (ágio por rentabilidade futura), como ativo residual que é, só poderia ser contabilizado desde que “obviamente [...] todo o esforço tenha sido envidado para alocar o “sobrepço” a ativos e passivos identificados que tenham dado causa ao surgimento na avaliação econômica realizada” (referência). Não há, nem nunca houve, um único doutrinador contábil que tenha pregado que o *goodwill* pudesse ser determinado de acordo com a livre vontade do contador ou de quem quer que seja. **A doutrina contábil também entendia (e ainda entende), como dito acima, que “Esse procedimento já é requerido no Brasil, no âmbito do mercado de capitais, por força do Decreto-lei no 1.598/77 e da Instrução CVM no 247/96, com nova redação dada pela Instrução CVM n o 285/98. Nas demonstrações individuais e nas consolidadas ele é alocado diretamente aos ativos e passivos a que se refere”** (referências).

120. O advérbio “obviamente”, logo atrás grifado, explicita como é manifesto que uma ordem de alocação é fator *sine qua non* para se chegar ao *goodwill* legítimo. A doutrina contábil, aqui, como em qualquer lugar e em qualquer campo, não é fruto de um postulado, mas de um conjunto coerente de ideias provenientes de fatos do mundo real. A doutrina contábil não poderia incluir no *goodwill* ativos que são identificáveis no momento da aquisição, sob pena de confundir lucro futuro com valores obtíveis no momento da aquisição da participação societária.

121. O que a doutrina contábil não previa era que uma “hermenêutica criativa”, baseada em leitura literal, isolada e desarmônica, pudesse ser adotada em relação ao Decreto-lei 1.598/77 e até com relação à Instrução CVM 247/96. Não deixa de ser surpreendente a ideia de que o contribuinte possa livremente escolher a fundamentação do ágio tributário, como se os aspectos fáticos pudessem ser desconsiderados na aquisição de um investimento. Seria como admitir que, a despeito de uma realidade objetiva, o contribuinte pudesse ignorá-la e, indo além, tivesse o livre arbítrio de modificá-la ao transpô-la, com outra roupagem, distorcidamente, para os livros contábeis e fiscais.

(Termo de Verificação Fiscal, fls. 2.267 a 2.272,)

Por fim, admitir a tese de que o ágio rentabilidade futura a que se referem os art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 seria de natureza apenas fiscal e não contábil – supostamente determinável num laudo encomendado de fluxo de caixa descontado da empresa a ser adquirida – importaria numa radical contradição: autorizaria exclusões adicionais no LALUR e no LACS sem previsão normativa expressa, baseadas numa interpretação, de um lado, extensiva dos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 e, de outro, literal do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77 – diploma normativo este que não esgota regras fiscais, mas apenas regula exceções e reafirma a sua dependência das normas contábeis –, respaldados ainda num laudo sequer previsto em normas de qualquer espécie.

Sendo o Lucro Líquido contábil o ponto de partida das apurações do IRPJ e da CSLL, as quais não admitem outras exclusões senão as expressamente previstas na legislação tributária, não é possível extrair dos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 – ou mesmo do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77 –, um sentido de inexistência de ordem na alocação do ágio.

4. Do descabimento da amortização de ágio rentabilidade futura no caso concreto

Trata-se de aquisição, pela Ambev Brasil Bebidas, de parte da Cervejaria CND, localizada na República Dominicana, em parceria com a cervejaria local ELJ.

Optou-se, inicialmente, por uma estruturação societária em que a Ambev Brasil Bebidas não se tornaria investidora direta da Cervejaria CND, mas sim por meio de outras 2 holdings em sequência: a primeira, localizada nas Bahamas (CND HOLDINGS), e a segunda, na própria República Dominicana (CND TENEDORA). Após a Incorporação da CND HOLDINGS, a Ambev Brasil Bebidas passou a ser investidora na Cervejaria CND via CND TENEDORA.

Depreende-se dos autos que os dois laudos apresentados pela Recorrente – tanto o dito “contábil” (*Price Purchase Allocation*), quanto o “fiscal”, avaliaram a Cervejaria CND a mercado por metodologia do tipo fluxo de caixa descontado. Este valor serviu de base para a aquisição da CND HOLDINGS, a qual, por sua vez, equivalia a 41,77% de participação direta na Cervejaria CND.

O valor pago pela CND HOLDINGS que excedeu o valor patrimonial destas foi registrado pela Ambev Brasil Bebidas integralmente como ágio rentabilidade futura. Após a incorporação da CND HOLDINGS pela Ambev Brasil Bebidas, esta começou a amortizar o ágio por ela classificado como rentabilidade futura.

É de se destacar ter inexistido, como bem relatado no Termo de Verificação Fiscal, confusão patrimonial entre a real investidora Ambev Brasil Bebidas e a sua real investida, a qual não poderia ser a CND HOLDINGS, dado ser esta apenas uma holding sem substância interposta na operação. Logo, a incorporação da CND HOLDINGS não poderia resultar amortização de ágio para fins fiscais, como também corretamente concluiu a autoridade autuante:

Como a Tenedora é a holding que até hoje materializa o controle conjunto de ambos os grupos, a ABB não poderia (nem a sua sucessora) amortizar tributariamente um ágio vinculado à Tenedora, pois, de acordo com o art. 386 do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto 3.000/99 – “RIR”), **a dedutibilidade fiscal do ágio só é permitida a partir da confusão patrimonial genuína entre a real investidora (Ambev Brasil Bebidas) e investida (Tenedora);**

A confusão patrimonial entre as reais investidora e investida na incorporação que resulta na amortização de ágio é requisito necessário, conforme jurisprudência da e. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, para serem reconhecidos os efeitos fiscais desta operação, como se deduz dos julgados cuja ementa transcrevo a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -
IRPJ Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

ÁGIO PAGO POR EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA.
INCORPORAÇÃO. FALTA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE REAL
INVESTIDOR E INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO INDEDUTÍVEL.

Não se sustenta, na determinação do lucro tributável pelo IRPJ, a dedução decorrente de despesa com amortização de ágio pago por expectativa de rentabilidade futura, se não houver a confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

(Processo nº 16561.720047/2014-81. Recurso Especial do Procurador. Acórdão nº 9101-003.734.1ª Turma. Sessão de 11 de setembro de 2018)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO
PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidas.

(Processo nº 10845.722254/2011-65. Recurso nº Especial do Procurador Acórdão nº 9101-002.213 – 1ª Turma Sessão de 3 de fevereiro de 2016.)

Em relação ao descrito no Termo de Verificação Fiscal, apenas ressalvo que a real investida não foi a CND TENEDORA, mas a própria Cervejaria CND. Tal ressalva, contudo, em nada prejudica a fundamentação da autuação fiscal, a qual se encontra, apesar disto, em consonância com a jurisprudência da e. Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Por outro raciocínio, é capaz de se concluir que a incorporação da CND HOLDINGS não poderia resultar ágio amortizável na Ambev Brasil Bebidas, e este diz respeito à própria aplicação da residualidade no registro do ágio rentabilidade futura – cujos fundamentos teóricos e sua aplicação à data do fato gerador foram muito bem demonstrados pela autoridade atuante, assim como devidamente contraditados pela Recorrente.

A necessária observância ao aspecto residual do ágio rentabilidade futura deveria ter obrigado a Ambev Brasil Bebidas a registrar o ágio referente ao investimento feito na CND HOLDINGS como diferença entre o valor pago a mercado pelas ações desta holding e seu valor patrimonial, este último dado por 41,77% do Patrimônio Líquido da Cervejaria CND.

Isto porque o Grupo Ambev pagou, a rigor, o valor justo pelas ações da CND HOLDINGS, calculado com base em fluxo de caixa descontado da investida final, no caso, da Cervejaria CND. Assim, o ágio registrado nesta operação, em observância ao aspecto residual, não pode ser classificado como rentabilidade futura, mas como diferença de valor de mercado das próprias ações da CND HOLDINGS, ou seja, ágio de fundamento da alínea (a) do §2º do art. 20 do DL 1.598/77, a ser registrado na Ambev Brasil Bebidas. Sendo ágio do tipo (a) e não (b), não poderia ter sido amortizado, mas sim mantido no ativo da Ambev Brasil Bebidas como mais-valia da participação na CND Tenedora.

Portanto, apenas se, na sequência, a Ambev Brasil Bebidas tivesse incorporado também a CND Tenedora – momento em que se tornaria investidora direta da própria Cervejaria CND – é que o ágio do tipo da alínea (a) sofreria reclassificação em parte para as alíneas (c) – no caso, marcas – e, na sobra, em (b), rentabilidade futura.

Se por fim incorporasse também a Cervejaria CND na República Dominicana, transformando-a em sua filial, passaria a poder, em tese, a amortizar a parte referente ao *goodwill*, o qual até poderia ter o seu valor dado pelo laudo de *Purchase Price Allocation*, desde que promovidos os devidos ajustes pontuais para adequá-lo das normas contábeis internacionais para as nacionais aplicáveis à data do fato gerador.

Assim, concluo que, seja por um raciocínio – o da inexistência de confusão patrimonial entre reais investidora e investida – seja pelo outro – o da inobservância da residualidade no registro do ágio –, ambos relatados no Termo de Verificação Fiscal, embora merecendo pequenas ressalvas –, o ágio registrado pela sucedida pela Recorrente não poderia ter sido amortizado nos termos do previsto nos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Logo, corretas as adições efetuadas na autuação fiscal.

Julgo prejudicadas as demais alegações feitas no Recurso Voluntário quanto à dedutibilidade do ágio amortizado.

5. Do afastamento da multa qualificada

A qualificação da multa resulta da acusação de ter a sucedida da Recorrente Ambev Brasil Bebidas simulado a criação da CND HOLDINGS para ocultar o real negócio jurídico celebrado e, assim, amortizar o ágio.

Não obstante as relevantes razões expostas pela d. Procuradoria da Fazenda Nacional quanto à existência de simulação e de planejamento tributário abusivo, entendo não se aplicarem tais figuras ao caso concreto, pelo que exponho a seguir.

Com a devida vênia, no mérito, há mais razões para aceitar que a CND HOLDINGS foi criada nas Bahamas não apenas pela própria cervejaria dominicana ELJ, mas

como também em seu próprio interesse, com fins de reduzir a sua tributação sobre o ganho de capital. Isto porque a República Dominicana tributa suas rendas em bases territoriais, o que remete a tributação de rendas passivas em paraísos fiscais à regra CFC (*Controlled Foreign Corporation*), sendo verossímil, portanto, a alegação de ter havido uma redução no valor dos seus tributos devidos pela ELJ, nos termos do Recurso Voluntário. Por isto, afastado a acusação de simulação.

Além disso, não vejo reestruturações societárias para amortizar ágio, em regra, como aptas a produzirem os efeitos previstos nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/64³, isto é, impedir ou retardar o conhecimento da real ocorrência do fato gerador pela autoridade fiscal. Isto porque amortizações de ágio possuem linhas próprias na DIPJ, as quais, se devidamente preenchidas pelo contribuinte, permitem, por elas só, a detecção do indício de irregularidade. Sendo comuns os equívocos cometidos pelos contribuintes nas amortizações de ágio, a simples informação em DIPJ já é fator altamente indiciante da irregularidade. Ou seja, não é possível, ao final, fraudar amortização de ágio, ou sonegar por meio dela, apenas se valendo de reestruturações societárias.

Diferente de planejamentos tributários artificiais e de difícil detecção – que demandam cruzamento de informações diluídas em fontes de dados diversas, sendo necessária ou uma denúncia ou a inteligência humana na atividade fiscal para serem indiciados –, amortizações de ágio, quando sem elementos adicionais na conduta, não possuem o efeito de “esconder” a ocorrência do fato gerador – o que se consegue via de regra por meio de falsidade material, ideológica ou por meio de comportamento malicioso enganador.

Ou seja, ainda que tivesse havido o dolo ou a má-fé na conduta dos Recorrentes em simular um registro de ágio por meio da criação de uma *holding* dita sem substância, tal não seria apto a produzir o resultado “atraso ou dificuldade”, o qual é elementar do tipo infracional.

Assim, semelhantemente à figura do *crime impossível* do direito penal, não vejo como admitir, de regra, a qualificação da multa nas deduções irregulares de ágio apenas pelo fato das reestruturações societárias empregadas, por conta da inidoneidade do meio. Ressalvo apenas

³ 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 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 nos arts. 71 e 72.

que a comparação não tem qualquer pretensão em afastar possíveis efeitos criminais conforme o previsto na Lei 8.137/90, mas apenas tratar aqui da qualificação da multa.

Assim, afasto a qualificação da multa. Julgo prejudicadas as demais questões suscitadas pela Recorrente neste tópico.

6. Do cabimento da adição também à base da CSLL

Argui a Recorrente que o ordenamento jurídico teria sido silente quanto à adição ao Lucro Líquido, para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, da parcela do ágio amortizado. Assim, em síntese, a glosa (ou adição) efetuada na autuação fiscal teria sido indevida.

Pois bem. A arguição da Recorrente demonstra desconhecimento por conta de como a amortização do ágio influi na apuração da base de cálculo da CSLL, sobretudo antes e depois de evento de incorporação.

O disposto nos art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 pressupõe a ativação no Diferido da empresa sucessora do saldo do ágio rentabilidade futura, o qual deve ser, após o evento de incorporação, amortizado na apuração do resultado, sensibilizando o Lucro Líquido Contábil. Isto é, a amortização prevista nos art. 7º e 8º é ela igualmente contábil, e não apenas fiscal.

Ou seja, se a amortização promovida pela sucessora da Recorrente não era devida do ponto de vista contábil, o resultado deve ser a glosa não apenas da base de cálculo do IRPJ, mas do próprio Lucro Líquido, interferindo reflexamente no cálculo da CSLL.

Quanto à parte já amortizada antes da incorporação, a qual constituía as então chamadas *despesas com amortização de ágio*, os efeitos serão distintos para o IRPJ e para a CSLL após este tipo de evento.

No caso do IRPJ, o DL 1.598/77 expressamente prevê a indedutibilidade das despesas com amortização de ágio, as quais devem ser adicionadas à parte A do LALUR e controladas na parte B para fins de compor o custo do investimento em caso de sua realização. Como a incorporação realiza o investimento pela extinção da participação societária, este será o momento a partir do qual o valor em questão controlado na parte B poderá ser utilizado para dedução do Lucro Real, mas sem desprezar o limite legal de 1/60 mensal do ágio rentabilidade futura global.

No caso da CSLL, contudo, de fato nunca existiu previsão legal para as ditas *despesas com amortização de ágio* – isto é, pré-incorporação – serem adicionadas às bases de cálculo da CSLL. Assim, conclui-se poderem ser neste caso deduzidas da base de cálculo da contribuição. A consequência seria, contudo, um estoque menor para a CSLL, comparado ao do

IRPJ, de ágio rentabilidade futura a amortizar após uma eventual incorporação, por já ter sido parte aproveitada antes.

Ou seja, a premissa da Recorrente, de não haver previsão legal para adicionar à base da CSLL as despesas com amortização de ágio, além de estar parcialmente correta – por ser verdadeira apenas à fase anterior à incorporação –, dela não se conclui que seriam indevidas as adições feitas na autuação fiscal **após** este evento.

Isto é, se a amortização do ágio rentabilidade futura não poderia ter ocorrido após o dado evento de incorporação – não só do ponto de vista fiscal, mas também contábil –, correta foi a medida tomada pela fiscalização em adicionar estes valores também à base de cálculo da CSLL.

7. Da arguição contra a cobrança da multa isolada

Insurge-se a Recorrente contra o lançamento da multas isoladas.

A este respeito, entendo que a decisão da DRJ não merece reparos e, por não ter sido diretamente questionada no Recurso Voluntário, adoto-a como razões de decidir para a manutenção do lançamento das multas isoladas:

A nova redação dada ao art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007 (precisamente o caso em debate), afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007).

II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

(...)

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. (Incluída pela Lei n.º 11.488, de 2007)

§ 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 n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

(...)

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos. O primeiro sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato

gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, obrigação tributária principal, e o segundo por descumprimento de obrigação acessória, decorrente de insuficiência de estimativa mensal, apurada conforme balancetes elaborados mês a mês.

Por este exato motivo, tratar-se de descumprimento de obrigação acessória, que também não procede o argumento da impossibilidade de aplicação de multa isolada após o encerramento do ano-base. Inexiste norma jurídica que exonere o contribuinte, após o término do ano-calendário, da multa isolada sobre estimativas, tampouco que impeça a sua cobrança em concomitância com o tributo devido, acrescido de multa e juros de mora.

A alínea “b” do inciso II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, estabelece literalmente que a multa aqui tratada incide sobre o valor do pagamento mensal, 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. Ou seja, concretizado o aspecto temporal do fato gerador, a Autoridade Fiscal lançará mão da base de cálculo estritamente definida pela norma que estabelece a hipótese de incidência.

Na verdade não se está lançando o tributo apurado por estimativa após o término do ano-calendário, mas tão somente uma multa por descumprimento de obrigação acessória, legalmente prevista, penalidade totalmente autônoma.

Em relação ao alegado entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, que adotaria o princípio da consunção, resta consignar que tal entendimento não é vinculante a esta instância de julgamento, não se alinhando ao quanto entendo aplicável.

Finalmente, analisemos a aplicabilidade ou não da Súmula CARF nº 105, que assim dispõe:

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.

Note-se que o enunciado trata especificamente da multa isolada lançada com fundamento no art 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, isto é, na redação original do dispositivo legal, antes, portanto, das alterações promovidas pela Lei nº 11.488, de 2007.

Por outro lado, a multa isolada exigida neste processo teve por fundamento o art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488. de 2007.

Fica evidente, portanto, que a legislação da multa isolada da presente autuação fiscal não é a que é objeto da Súmula CARF nº 105.

Assim, reconheço o cabimento da concomitância das multas isoladas com a de ofício.

8. Dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Questiona a Recorrente a aplicação da Taxa Selic sobre a atualização do valor da multa aplicada após o vencimento.

Esta duas questão foi sumulada pelo CARF em sentido oposto ao sustentado pela Recorrente na Súmula n.º 108:

Súmula CARF n.º 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Assim, julgo improcedente o Recurso Voluntário também quanto à alegação de não incidência de Juros Selic sobre a multa de ofício.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, apenas para excluir a multa qualificada.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Allan Marcel Warwar Teixeira - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre conselheiro relator, abro divergência para apresentar as razões pelas quais entendo que deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que as regras de amortização fiscal do ágio aplicáveis ao caso concreto estão dispostas no artigo 7º da Lei nº 9.532/97, que assim dispõe:

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

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

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

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

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

Conforme se depreende da leitura do referido dispositivo normativo, a amortização fiscal do ágio fundamentado em rentabilidade futura fica condicionada à absorção por fusão, incorporação ou cisão entre a pessoa jurídica investida e a pessoa jurídica que detenha

tal investimento. Portanto, é indiferente quem seja a pessoa jurídica incorporadora, desde que haja uma união patrimonial entre investidora e investida, o que significa dizer que não há proibição para uma incorporação reversa ou às avessas.

Destaque-se que conforme muito bem explanado pelo Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira no Acórdão 1201-003.202, a amortização fiscal do ágio fundamentado em rentabilidade futura trazida pela Lei n. 9.532/97 não configura um benefício fiscal, mas uma limitação à possibilidade que havia até então de dedução de todo o montante do ágio como perda de capital. Assim, é possível entender que se tratou na verdade de uma norma específica antielisiva.

No caso concreto, é importante pontuar que houve o cumprimento de todos os requisitos fiscais para a amortização fiscal do ágio, isto é, houve efetivo pagamento do preço em dinheiro, inclusive do montante do ágio, bem como a operação se deu entre partes independentes, ou seja, a Recorrente e a CND Holdings.

Diferentemente dos casos mais usuais de ágio em que uma companhia estrangeira constitui uma pessoa jurídica (holding, que é comumente chamada de “empresa veículo” em grande parte das fiscalizações tributárias) no Brasil e esta adquire participação societária com ágio em sociedade brasileira, sendo que há uma operação de incorporação entre as duas sociedades brasileiras (investidora e investida), no presente caso trata-se de investimento feito por pessoa jurídica brasileira em pessoa jurídica estrangeira.

Assim, trata-se de fenômeno econômico mais recente no qual empresas brasileiras estão expandindo os seus negócios internacionalmente. Ao invés de ser buscada uma interpretação que incentive as multinacionais brasileiras, me parece que o entendimento que prevaleceu no presente julgamento é contrário ao movimento de expansão das empresas brasileiras, ao mesmo tempo em que inexistente proibição legal de que a investidora brasileira adquira participação societária com ágio no exterior.

Conforme mencionado acima, o artigo 7º da Lei n. 9.532/97 não estabelece que a participação societária adquirida com ágio seja de empresa brasileira, exigindo tão somente que investidora e investida tenham seus patrimônios unidos por algumas operações societárias específicas como a incorporação.

Cumprе ressaltar ainda que não há um conceito legal de empresa veículo, muito menos sua proibição, sendo que a ideia de empresa veículo foi construída a partir dos precedentes administrativos, no entanto, no caso concreto todo o surgimento do ágio acontece em operações entre partes independentes e a CND Holdings foi constituída pelos vendedores e não pelos adquirentes, de forma que ao adquirente só coube a aquisição de participação de sociedade pré-existente constituída pelos vendedores.

A constituição de uma holding pelos vendedores pode ter uma série de motivos, dentre os quais planejamento sucessório e até uma divisão mais adequada da estrutura societária para empresas que possuem muitas atividades ou linhas de produtos ou serviços.

Como se nota, não há como prosperar a alegação de proibição de constituição de empresa veículo na legislação brasileira, sobretudo na situação em que esta “empresa veículo” não foi constituída pelo adquirente.

Assim, não há como responsabilizar o Recorrente por atos praticados por terceiros independentes antes inclusive da operação em que ele irá adquirir o controle da pessoa jurídica.

Nesse ponto, destaco que a presente Turma já decidiu em outras oportunidades que a utilização de empresas veículos não é por si só impeditivo do aproveitamento do ágio. Nessa linha, cito o decidido nos autos do processo administrativo n.º 16327.720016/2016-65, ac. 1201-002.247, de 12 de junho de 2018, relatoria do Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO.

A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal.

LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos.

ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE PARTES RELACIONADAS. INOCORRÊNCIA.

O ágio interno pressupõe uma operação que envolva partes que pertençam ao mesmo grupo econômico o que exclui do seu campo de abrangência a operação que envolve partes independentes com interesses diametralmente inversos.

EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. PREÇO. PROJEÇÃO BASEADA NA MÉDIA DO LUCRO DE PERÍODOS ANTERIORES. REACIONAL VÁLIDO. POSSIBILIDADE.

A expectativa de rentabilidade futura prevista na legislação refere-se à capacidade de geração de caixa futura da empresa adquirida. Tal projeção pode ser feita através da apuração de histórico de lucros de períodos passados vez que a geração de caixa no futuro guarda uma relação de continuidade dos resultados obtidos pela empresa no passado.

DA FORMA DE ESCRITURAÇÃO DO ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DO ÁGIO POR VÍCIO NA ESCRITURAÇÃO. ESSÊNCIA SOBRE A FORMA.

Uma vez verificada a negociação efetiva das ações, o pagamento efetivo do preço, a validade do racional para definição do preço e a ausência de simulação, a mera ausência de inclusão expressa na escrituração fiscal do embasamento legal do ágio não é motivo suficiente para glosa da dedução.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

CSLL. ÁGIO. REFLEXO DO IRPJ.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

No mesmo sentido o decidido no Processo Administrativo n.º 16561.720019/201626, acórdão n.º 1201-002.728, julgado em 20 de fevereiro de 2019, voto vencedor do Conselheiro Luis Henrique Toselli:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ÁGIO. SÚMULA CARF Nº 116.

Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança. Súmula CARF n.º 116.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2012

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei n.º 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2012

IRPJ. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aplica-se a mesma decisão a todos os tributos atingidos pelo fato analisado.

Isso não fosse o suficiente, o artigo 2, §3º da Lei n. 6.404/76 dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

E isso claramente foi observado pela Recorrente, empresa investida, quando incorporou a empresa que detinha o ágio e daí reuniu as condições necessárias para gozo do seu aproveitamento fiscal.

A legislação de regência, segundo o entendimento que prevaleceu nesse julgado, foi estritamente observada pelas partes envolvidas na operação de aquisição de participação societária, que desde o início demonstraram que o ágio é legítimo e o negócio foi implementado para permitir a dedução da mais valia em conformidade com a lei.

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

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 20, §2º, do Decreto Lei n.º 1.598/77 dispunha que o registro contábil do ágio deverá ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasma no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexistente dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação⁴.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri⁵ traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

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

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

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

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

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

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

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

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

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

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

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

Com base no exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

Declaração de Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

Em que pese o brilhantismo do voto apresentado pelo Ilustre Cons. Allan Marcel Warwar Teixeira, manifestei interesse de apresentar a presente declaração de voto por divergir das premissas por ele adotadas e que levaram ao não provimento do recurso voluntário.

Segundo o Relator, a glosa das despesas com a amortização do ágio pago pela ABB na aquisição da CND HOLDING seria cabível tendo em vista que: **(i)** o fundamento do ágio não seria o de rentabilidade futura, que já seria residual à época, uma vez que o *Price Purchase Allocation* (PPA) indica que o sobrepreço deveria ter sido alocado a ativos intangíveis, que não possuem impacto fiscal; **(ii)** teria havido simulação por meio da interposição da holding CND nas Bahamas (*empresa veículo*); e **(iii)** não teria havido cumprimento de requisito legal consistente na confusão patrimonial entre a investidora (ABB) e a real investida (CND).

Passaremos, então, a analisar e desconstruir cada uma dessas premissas, a fim de demonstrar que o ágio pago na operação de aquisição da CND pela Ambev, aos olhos da legislação tributária aplicável, foi corretamente deduzido fiscalmente pela Recorrente.

Do fundamento econômico do ágio

O I. Relator sustenta que o ágio registrado pela Recorrente não poderia ter sido amortizado fiscalmente, tendo em vista que seria relativo à aquisição de ativos intangíveis. Tal entendimento baseou-se na premissa de que, mesmo antes da Lei n. 12.973/2014, o contribuinte que adquirisse um investimento com ágio estaria obrigado a segregar os componentes do preço pago acima de seu valor patrimonial primeiramente à mais valia de ativos e a intangíveis identificados na transação, independentemente do investimento ter sido motivado pela rentabilidade futura da investida, que seria residual desde sempre.

Entendo, porém, que esse entendimento resta equivocado. Senão, vejamos:

Da relação entre Direito Tributário e Contabilidade

Como se sabe, o Direito Tributário não só atua como um direito de *sobreposição* ou *superposição*, no sentido de fazer incidir a tributação sobre situações já regulamentadas em outro “ramo” ou “ciência”, mas também sobre situações de fato não positivada.

O Legislador Tributário pode, então, na configuração da hipótese tributária, se valer **(i)** de conceitos da linguagem comum ou **(ii)** de conceitos técnicos **(ii.i)** próprios ou **(ii.ii)** por remissão às outras “áreas” do sistema jurídico ou outras ciências, como a contábil.

Por mais que se fale em liberdade de interpretação, esta somente se diz e mostra-se jurídica quando o intérprete constrói a norma jurídica exclusivamente a partir da linguagem própria do sistema jurídico, mais precisamente a partir dos contornos e limites previstos no sistema constitucional tributário e no conteúdo semântico dos enunciados prescritivos que se

valeu o Legislador, sejam eles em seu sentido comum ou em seu sentido técnico (próprio ou por remissão), a depender de cada texto legal.

Apesar do direito tributário e a contabilidade serem ciências ontologicamente distintas, dotadas de objetos e finalidades inconfundíveis, é natural ora haver um descompasso e ora haver uma sintonia quanto aos efeitos (jurídicos e contábeis) dos fatos econômicos atingidos pelos dois sistemas.

Como alertam Gustavo Lian Haddad e Enmanuel Garcia Abrantes⁶, *há situações em que a legislação tributária optou por incorporar o regime contábil (chamadas de aproximações) e situações em que a legislação tributária modificou no todo ou em parte os conceitos ou dados contábeis para apuração dos tributos.*

E isso é totalmente compreensível, tendo em vista que é a partir do lucro societário (lucro líquido ou lucro contábil) que o contribuinte, após fazer as adições (caso das despesas indedutíveis), exclusões (receitas não tributáveis) e compensações previstas em lei, deve apurar a base de cálculo representada pela *renda líquida* (aumento patrimonial) ou *prejuízo fiscal* (decrécimo patrimonial), levando em conta as aproximações e os distanciamentos entre contabilidade e direito tributário.

O estudo da relação entre contabilidade e direito tributário mereceria um verdadeiro tratado e é objeto de diversas classificações doutrinárias, destacando-se três modelos⁷: (i) de dependência total, que parte da identidade entre os balanços contábeis e fiscais; (ii) de autonomia, que tem por base a independência total das demonstrações contábeis e fiscais, as quais devem ser apuradas em conformidade com as regras próprias de cada uma dessas disciplinas; e (iii) de dependência parcial, que se fundamenta na apuração do lucro fiscal a partir do lucro contábil, respeitados os ajustes cabíveis em face das leis tributárias, como aparentemente teria sido adotado originariamente pelo nosso ordenamento.

Dizemos aparentemente porque, como bem observou o estudo de Luís Eduardo Schoueri e Pedro G. Lindenberg Schoueri⁸:

A despeito da possibilidade de proceder-se a ajustes fiscais ao lucro líquido, fato é que a retenção da mesma base de cálculo para ambas as disciplinas acabou por alimentar renovada ingerência tributária na Contabilidade. O que se viu, na sequência das alterações legais da década de 1970, foram normas tributárias que ditavam o registro de fenômenos contábeis para posterior tributação. (...) Tamanha era aquela influência que Polizelli fala em “dependência inversa” entre o lucro líquido societário e o lucro real tributável: a legislação tributária, conquanto preocupada com o segundo, dispunha-se a disciplinar, em maior ou menor medida, aspectos essenciais da apuração do primeiro, regulando condutas a serem adotadas quando do levantamento do resultado do exercício⁹.

⁶ Lacunas no tratamento fiscal da mais ou menos-valia de ativos e passivos na aquisição de participação societária – propostas de solução. In: Controvérsias Jurídico-Contábeis. Organizadores Alexandre Evaristo Pinto São Paulo: Atlas. 2020. P. 157.

⁷ Modelos estes sugeridos por José Casalta Nabais. Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

⁸ Arrendamento mercantil: (nova) modificação de critérios contábeis e seus impactos no RTT 2.0. In: Controvérsias Jurídico-Contábeis. Organizadores Alexandre Evaristo Pinto.... São Paulo: Atlas. 2020. P. 243.

⁹ Polizelli, Victor Borges. Balanço comercial e balanço fiscal: relações entre o Direito Contábil e o direito tributário e o modelo adotado pelo Brasil. Revista Direito Tributário Atual, v. 24, 2010.

Nesse sentido leciona Edison Carlos Fernandes¹⁰:

Tomando como ponto de partida a publicação da Lei n.º 6.404, de 1976 (LSA), que foi a primeira legislação a sistematizar as normas contábeis brasileiras, a história demonstra a absoluta influência da legislação tributária sobre a elaboração das demonstrações financeiras. Se a LSA buscou regular a contabilidade de maneira autônoma e com seus próprios interesses (especialmente, o desenvolvimento do mercado de capitais), o Decreto-lei n.º 1.598, de 1997, já no ano seguinte, estabeleceu uma relação contraditória entre apuração tributária e contabilidade societária: de um lado, o mencionado decreto-lei instituiu o Livro de Apuração do Lucro Real – Lalur, ratificando uma postura de segregação entre as normas contábeis (societárias) e as normas tributárias; porém, por outro lado, esse instrumento legislativo de matéria tributária disciplinou, por exemplo, o registro contábil do ágio de investimento, interferindo diretamente na prática contábil das empresas. Embora desde a segunda metade da década de 1970 já se propague a ideia de existência de duas contabilidades (societária e tributária), a verdade é que a legislação tributária continuou dispendo sobre o registro contábil, e, muito por uma questão de simplicidade, as empresas passaram a elaborar suas demonstrações financeiras de maneira absolutamente influenciada por essa legislação (tributária).

Essa demasiada influência da disciplina fiscal na contabilidade, na verdade, vigorou no Brasil até o advento da Lei n. 11.638/2007, lei esta que trouxe alterações importantes no capítulo que dispõe sobre demonstrações financeiras da Lei n.º 6.404/76, visando promover o processo de convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas contábeis internacionais emitidas pelo, então, *International Accounting Standards Board - IASB*, conhecidas como *International Financial Reporting Standards - IFRS*.

Além das alterações contábeis instituídas por lei, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dentre outros órgãos, e com base em delegação de competência conferida pelo § 3º do artigo 177 da Lei n.º 6.404/76, também passaram a expedir normas alterando métodos e critérios contábeis, em geral, por meio de Resoluções, Deliberações, além de outros atos normativos, que aprovam manifestações do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

O CPC foi instituído pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade n.º 1.055/05, é composto por uma série de entidades, dentre as quais a ABRASCA, a APIMCE, a B3, o CFC, o IBRACON e a FIPECAFI e tem como objetivo “*o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais*”.

O reconhecimento dos fatos contábeis, até então tão influenciado pelo Direito Tributário, passou a ser norteadado pela primazia da essência econômica sobre a forma; a mensuração pelo custo histórico foi, em grande medida, substituída pelas regras do valor justo, cálculo do valor presente e efetiva vida útil-econômica dos bens; e a evidenciação do patrimônio, antes não tão prestigiada, foi colocada como um dos principais papéis da “nova contabilidade”, que passa notoriamente a se preocupar com o fornecimento de informações confiáveis para que

¹⁰ Encerramento do ano fiscal de 2010 (IRPJ/CSLL no contexto do IFRS). In: Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2011, v. 2, p. 36.

os empresários não apenas possam aferir a performance e “saúde financeira” da entidade, mas também possam inferir os seus fluxos de caixa futuros¹¹.

Essa mudança de direção dos padrões contábeis promoveu relevantes modificações na forma de registro contábil de atos e negócios jurídicos realizados pelas empresas, que não mais se pautam exclusivamente por critérios jurídicos, mas sim por meio de critérios normatizados e impostos pela própria contabilidade.

A substituição do critério contábil do custo histórico pelo critério do valor justo é um bom exemplo desta mudança de rumos. Certos ativos passaram a ser contabilmente ajustados para refletir o seu valor de reposição mediante recompra no mercado (matérias-primas), o seu preço de venda no mercado (bens destinados a venda) e o seu valor provável de alienação (investimentos e instrumentos financeiros). Para evitar o cômputo de ganhos e perdas ainda não realizados decorrentes destes ajustes de ativos, a lei societária criou a possibilidade do registro em uma conta de ajuste de avaliação patrimonial no patrimônio líquido, onde aqueles ajustes podem ser registrados até que ocorra a realização do respectivo ativo.¹²

Outros exemplos podem ser citados, como o arrendamento, subvenções para investimento, doações e perdão de dívidas, ágio (*goodwill*), contratos de concessão, prêmio na emissão de debêntures etc., os quais, com a nova contabilidade, passaram a se submeter a formas diferentes de registros nas demonstrações financeiras, que não mais necessariamente se vinculam ao tratamento jurídico desses mesmos institutos.

As mudanças nos critérios contábeis foram tão significativas que exigiram a introdução de um regime fiscal de transição (Lei n. 11.941/2009), com aplicação do antigo padrão contábil brasileiro (BRGAAP) para fins de apuração dos tributos.

A disparidade entre os critérios que iluminavam o padrão IFRS e a tributação no Brasil, entretanto, é muito acentuada, uma vez que esta, ao contrário daquele, é retrospectiva e está calcada em princípios e regras constitucionais que, de um lado, prestigiam a segurança jurídica, a capacidade contributiva e a certeza do Direito e, de outro lado, estão vinculadas às formas de Direito Privado. No momento de extinguir aquele regime de transição, a Lei n. 12.973/2014 praticamente tornou perene a separação entre a noção de patrimônio contábil e as normas de incidência tributária. Certa ou errada, esta foi a decisão do legislador brasileiro.¹³

A harmonização (ou convergência) das normas contábeis brasileiras, além de provocar uma verdadeira mudança de padrão na contabilidade brasileira, afinal alterou significativamente as relevantes funções de reconhecimento, mensuração e evidenciação das atividades econômicas, também deu azo a diversas situações de conflito entre critérios contábeis e normas jurídicas, especialmente para fins de quantificar a renda líquida tributável.

O que precisa ficar claro, contudo, é que o lucro real apenas parte do lucro líquido do exercício, mas continua devendo ser ajustado pelas adições, exclusões ou compensações previstas na legislação tributária. Esse “detalhe” é da maior relevância e não admite

¹¹ LOPES, Alexsandro Broedel e MOSQUERA, Roberto Quiroga. *O direito contábil – fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações*. In: LOPES, Alexsandro Broedel e MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética. 2010. P. 71, 72 e 77

¹² PONTES, Helenilson Cunha. *A neutralidade dos efeitos fiscais dos novos critérios contábeis*. Revista Consultor Jurídico, 29 de maio de 2019.

¹³ NETO, Carlos Augusto Daniel e BOZZA, Fábio Piovesan. *Um Tributo ao Perdão – A Incidência de PIS/COFINS sobre a Remissão de Dívidas*. In: Revista de Direito Tributário Atual n. 41. São Paulo: IBDT. 2019. P. 137.

flexibilizações, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito à seara tributária, é rígido e exaustivo, tendo como pano de fundo a consagração dos princípios da capacidade contributiva, estrita legalidade, irretroatividade e segurança jurídica.

Nas palavras de Elidie Palma Bifano¹⁴: *os atos e fatos econômicos, relativos à vida da sociedade, serão interpretados, para fins contábeis, à luz dos princípios introduzidos pelos padrões internacionais de Contabilidade. De outro lado, para fins de Direito, os atos e fatos econômicos, relativos à vida da sociedade, serão interpretados à luz dos princípios inseridos no sistema jurídico brasileiro.*

Caminhando nessa trilha, Vittorio Cassone¹⁵ foi direto ao ponto: *“não haverá efeitos relevantes na apuração do IRPJ e de outros tributos, com a utilização, como base para tanto, da contabilidade realizada segundo as regras do IFRS, tendo em vista que, para definição do fato gerador e apuração da base de cálculo, a legislação tributária admite os ajustes necessários, com a finalidade de adequar a contabilidade à exigibilidade dos tributos, em obediência ao sistema constitucional tributário”.*

Esse fato não passou despercebido pelo Legislador. Considerando as diversas alterações introduzidas na legislação societária a partir da Lei nº 11.638/07, foi editada a Medida Provisória nº 449/08 (convertida na Lei nº 11.941/09), que, entre outras medidas, instituiu o Regime Tributário de Transição (RTT) de apuração do lucro real, o qual trata dos ajustes tributários decorrentes das novas práticas contábeis¹⁶.

Mais precisamente, de acordo com o referido regime fiscal de transição, as bases de cálculo dos mencionados tributos deverão ser determinadas de acordo com a legislação contábil vigente em 31.12.2007, previsão legal esta que evidencia a intenção do Governo Federal na manutenção da metodologia de tributação já conhecida pelos contribuintes, além de possibilitar maior estudo acerca da nova legislação societária e os seus consequentes efeitos na tributação.

Nesse sentido previu os artigos 15 e 16 da Lei nº 11.941/09:

Art. 15. Fica instituído o Regime Tributário de Transição – RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei.

§ 1º - O RTT vigorará até a entrada em vigor de lei que discipline os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.

(...)

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

¹⁴ BIFANO, Elidie Palma. *Contabilidade e Direito: a Nova Relação*. In: LOPES, Alexsandro Broedel, MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Controvérsias Jurídico-Contábeis*. 6º Volume. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁵ CASSONE, Vittorio. *IRPJ – Contabilidade Realizada Segundo as Regras do IFRS – o Regime de Tributação em Bases Universais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Editora Magister. 2015. P. 249.

¹⁶ Ressalte-se, aqui, que o RTT aplicou-se para o cálculo do IRPJ, da CSLL, e das Contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), tendo por objetivo neutralizar os reflexos fiscais dos novos critérios contábeis trazidos pela Lei nº 11.638/07.

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.

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 n.º 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.

Da leitura desses dispositivos legais, nota-se que, após a edição da Lei n.º 11.638/2007, os tributos federais seguiram o princípio da neutralidade quanto aos efeitos decorrentes da modificação de critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas que passaram a influenciar o lucro líquido.

No que tange aos anos de 2008 e 2009, o RTT era optativo. A partir do ano de 2010, no entanto, tal regime passou a ser obrigatório para todas as empresas até o momento em que fosse publicada nova lei disciplinando o tema, o que ocorreu quando da publicação da Lei n.º 12.973/14, que trouxe disposições específicas sobre a tributação, a partir de 2015 (salvo se o contribuinte tenha optado por antecipar seus efeitos para 2014), de diversos reflexos econômicos decorrentes da adoção dos novos critérios contábeis.

A Lei n.º 12.973/14 disciplinou os efeitos tributários dos novos critérios contábeis, limitando-se, obviamente, a regulamentar aqueles que já haviam sido introduzidos no momento de sua edição e aprovação, prevendo no seu artigo 58 que eventuais novas alterações de critérios contábeis, isto é, posteriores à sua publicação, devem ser consideradas neutras até que a legislação tributária as regule de forma expressa.

Toda essa sucessão legislativa demonstra a preocupação do Legislador com a tipicidade cerrada que norteia o mundo do direito tributário, afinal os efeitos fiscais de eventos econômicos devem ser regulados pela lei (*estrita legalidade*), não podendo, sob pena de incorrer em ilegalidade, que atos infralegais, sejam eles da Receita Federal ou provenientes de órgão regulatórios, restrinjam o que a lei permite ou imponham condições não previstas nas normas legais.

Do direito de deduzir despesas com amortização de ágio

A glosa das despesas com a amortização do ágio foi fundamentada na não observância pela Recorrente dos requisitos legais de dedutibilidade previstos nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 vigente à época da operação de aquisição da participação societária da CND pelo grupo Ambev.

Muito embora essa lei tenha sido publicada há mais de 20 (vinte) anos, a interpretação dos requisitos legais para os contribuintes fazerem jus à dedução fiscal lá prevista constitui ainda matéria cercada de tremenda insegurança jurídica, tendo em vista a instabilidade das decisões da CSRF sobre o tema, bem como a não rara criação de teses fazendárias inéditas, mas muitas delas criadas em sentido diverso da lei.

Nesse contexto, teceremos comentários gerais sobre a natureza jurídica do ágio e seu tratamento fiscal ao longo do tempo, não somente para buscar aplicar o Direito ao caso concreto, mas também para evitar qualquer influência de mitos ou preconceitos no presente julgamento.

Pois bem.

Podemos dizer que a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei n. 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Com base no artigo 248 da Lei n. 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição¹⁷.

Note-se, aqui, que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, determinando apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77¹⁸, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

(a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (*patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação*), e

(b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Como se percebe, **foi o próprio direito tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do método de equivalência patrimonial, veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença apurada em razão do MEP.**

Previa o artigo 20, ainda (§ 2º) – também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem - que o lançamento do ágio ou deságio deveria indicar seu fundamento econômico, dentre os seguintes: 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.

Provavelmente porque a parte do preço representado pelo ágio não estaria sujeito às flutuações inerentes ao MEP, o Legislador entendeu necessária a atribuição de uma razão econômica distinta do valor patrimonial da empresa adquirida. **Daí falar-se em ágio fiscal, que não necessariamente corresponde ao ágio contábil, devendo este último se sujeitar ao regramento próprio daquela ciência.**

¹⁷ Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

¹⁸ Artigo 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 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 número I.

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

Analisando o artigo 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977, João Francisco Bianco¹⁹ esclarece que:

(...) sob o ponto de vista eminentemente jurídico, o ágio ou deságio correspondia a mero desdobramento gráfico do valor despendido pelo contribuinte para a aquisição do investimento, independentemente da existência de um conceito autônomo e distinto de ágio ou deságio no âmbito da ciência contábil.

O que se pode extrair da análise dos fundamentos econômicos listados no art. 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977 é que o Legislador pressupôs duas formas principais de avaliação da pessoa jurídica adquirida: (a) a avaliação da pessoa jurídica adquirida pelo valor de seus ativos, que geralmente é utilizada para pessoas jurídicas em descontinuidade ou em processo de liquidação; e (b) a avaliação da pessoa jurídica em funcionamento a partir dos benefícios econômicos futuros que a sua atividade econômica é capaz de produzir.

Trata-se, portanto, de uma simples mudança de perspectiva. Ou se mensura individualmente os bens e direitos líquidos que integram o patrimônio da pessoa jurídica, ou se mensura a pessoa jurídica em sua totalidade (empreendimento).

Ainda sobre os possíveis fundamentos econômicos do ágio veiculados pelo artigo 20, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977, concordo com os apontamentos constantes do voto vencido do I. Conselheiro Alexandre Evaristo e transcritos a seguir, do qual foi por mim acompanhado na íntegra quando do julgamento (Acórdão 1201-003.201. Sessão de 16 de outubro de 2019):

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasmato no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexistente dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação²⁰.

Nesse sentido, para ilustrar que um mesmo fato pode se enquadrar em mais de um fundamento, Luís Eduardo Schoueri²¹ traz a figura de três círculos que possuem intersecções, conforme abaixo:



Cumprido destacar que uma das etapas do processo contábil é a mensuração (LOPES, Alexsandro B., MARTINS, Eliseu. Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem. São

¹⁹ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: Controvérsias Jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. P. 212.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

Paulo: Atlas, 2005). A partir do estudo das formas de mensuração de um ativo, é possível dividi-las em dois grupos: valores de entrada e valores de saída (MARTINS, Eliseu (org.). Avaliação de empresas: Da mensuração contábil à econômica. São Paulo: Atlas, 2001. P. 27).

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

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

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

Com relação aos valores de saída, cumpre notar que, para fins de uma avaliação econômica, os ativos podem ter ao mesmo tempo diferentes valores. No que tange aos valores de saída mais comuns, é importante salientar que um ativo pode ter tanto um valor de venda líquido das despesas para tal venda quanto um valor de uso, isto é, um valor decorrente da utilização econômica daquele ativo descontado a valor presente.

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

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (...), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

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

Até a edição da Lei nº 11.638/07 e do Pronunciamento Contábil nº 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, **o valor registrado como ágio estava sujeito à amortização contábil.**

Sergio de Iudicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke destacavam que as contrapartidas da amortização do ágio eram lançadas contabilmente como despesas operacionais, sendo que os critérios de amortização iriam variar de acordo com o fundamento econômico do ágio²².

Assim, o ágio decorrente da amortização por diferença do valor de mercado dos bens era amortizado na proporção em que o ativo fosse realizado na controlada ou coligada, por depreciação, amortização, exaustão ou baixa em decorrência de alienação ou perecimento do ativo²³.

²² IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

²³ IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

Por sua vez, no tocante ao ágio por valor de rentabilidade futura, o ágio deveria ser amortizado contabilmente no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio²⁴.

(...)

Não me parece adequado à redação do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, antes da alteração da Lei 12.973/2014, que o legislador tivesse estabelecido uma ordem para reconhecimento do ágio apenas como a parcela residual.

Não obstante essas potenciais intersecções nos fundamentos econômicos do ágio, o fato é que a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, do ágio ou deságio) em função de seu motivo (fundamento econômico), conforme aponta os artigos 25, 33²⁵ e 34 do Decreto-Lei n.º 1.598/77, *in verbis*:

Artigo 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.

Artigo 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.

(...)

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

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

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

²⁴ IUDICIBUS, Sergio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. pp 173-177.

²⁵ Esse artigo foi alterado pela Lei n.º 12.973, de 2014.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

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

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte estava sujeito ao comando legal que prescrevia a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido avaliado a mercado que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como *perda de capital*, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como *ganho de capital*.

Sendo uma parcela integrante do custo de aquisição do investimento, resta até lógico, dentro do contexto da tributação da *renda líquida* (arquetipo do IRPJ), que o ágio seja dedutível quando da liquidação ou baixa deste ativo, sob pena de tributar o próprio patrimônio, e não o lucro.

Reporto-me novamente às palavras de João Francisco Bianco²⁶:

Sendo o ágio uma parcela do custo de aquisição do investimento, o art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 está absolutamente correto ao estabelecer que a contrapartida da redução do valor do ágio não será computada na determinação do lucro real, enquanto não houver a baixa ou liquidação do investimento.

O comando previsto no art. 25 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas, sim, da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito em resultado. Trata-se, portanto, da mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Em outras palavras, o ágio é neutro antes do evento de incorporação, fusão ou cisão, porque o investimento ainda não foi realizado, assim como o resultado de equivalência

²⁶ Ainda o ágio pago na aquisição de investimento. In: *Controvérsias Jurídico-contábeis*. São Paulo: Atlas. 2020. P. 203.

patrimonial é neutro porque os lucros ou dividendos da sociedade investida ainda não foram distribuídos, refletindo mero ajuste contábil de caráter provisório e aproximado, que tem o objetivo de ajustar o valor do investimento para refletir a situação econômica atual da sociedade investida.

Dúvidas existiam, na verdade, sobre a aplicação do tratamento fiscal na hipótese de incorporação da empresa investidora pela investida, até mesmo porque a legislação, além de não tratar da incorporação reversa de forma expressa, se valia da expressão *extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra*, o que poderia, ao menos em uma leitura mais apressada, dar margem para uma interpretação no sentido de que a dedução estaria restrita à incorporação direta, afinal é a investidora quem possui ações ou quotas da investida, e não vice-versa.

Quanto ao fundamento econômico do ágio (razão econômica), este até então não tinha influência para fins de definir a sua tributação, tendo em vista que a norma fiscal vigente não criava distinções em razão disso ou de qualquer outro motivo. O que a lei determinava era que a perda de capital passível de dedução deveria corresponder à diferença entre o valor contábil das ações ou quotas e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado.

Em outras palavras, independentemente da razão econômica do ágio, o Decreto-Lei n. 1.598/77 permitia a sua dedução imediata após a liquidação do respectivo investimento por incorporação, mas limitada ao valor da diferença entre o seu valor contábil e o valor do acervo líquido absorvido da investida avaliado a mercado (e não a valor contábil²⁷).

Nota-se, nessa sistemática, que a perda de capital dedutível era objetiva e influenciada diretamente pelos bens recebidos pela sucessora, que deveriam ser avaliados a mercado no momento de calcular o valor do acervo líquido, valor este que figurava como redutor no cálculo da perda de capital dedutível. Por isso a irrelevância do fundamento do ágio para fins tributários naquele momento, afinal existia regra própria de alocação da mais valia de bens pela própria norma fiscal.

Na prática, porém, muitas empresas se valeram da generalidade da norma fiscal para amortizar ágios oriundos de empresas deficitárias e com PL negativo ou cuja origem era proveniente de operações simuladas ou sem fundamentação clara, o que chamou a atenção dos Poderes Executivo e Legislativo, que não obstante a possibilidade de requalificar juridicamente os atos objeto de simulação, resolveram também estabelecer novo tratamento fiscal para a baixa do ágio após fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito com base nas regras introduzidas pela MP 1.602/1997, a qual, após sua conversão na Lei 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, *in verbis*:

Artigo 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 1977²⁸: (grifamos)

²⁷ O Parecer Normativo CST n. 51/1979, aliás, confirmou que a dedução imediata apenas se aplicava aos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades cujo valor do acervo líquido fosse avaliado a valor de mercado.

²⁸ Artigo 20 - (...)

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

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.

Artigo 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.

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.

Da exposição de motivos da Medida Provisória²⁹ extrai-se que:

Tenho a honra de submeter a apreciação de Vossa Excelência o incluso Projeto de Medida Provisória, que altera a legislação tributária e dá outras providências.

2. O Projeto se insere no contexto de modernização e aperfeiçoamento da legislação tributária do País, que vem sendo perseguido ao longo do Governo de Vossa Excelência, com a finalidade de torna-la mais compatível com a realidade econômica atual.

3. O Projeto, ao mesmo tempo que estabelece formas para prevenir a evasão de receita tributária e reduzir a renúncia fiscal decorrente de todos os incentivos fiscais atualmente em vigor, cria mecanismos que estimulam a atividade produtora e viabilizam operações entre empresas nacionais e do exterior.

(...)

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

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

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

Logo no item 3 acima, nota-se que o Governo buscou por meio dessa lei criar mecanismos para viabilizar operações entre empresas nacionais ou do exterior, além de prevenir a evasão de receita tributária.

Especificamente sobre a alteração na normatização dos efeitos fiscais da baixa do ágio, a alteração da norma fiscal que já permitia a sua dedução nos termos que acabamos de narrar foi motivada para fins de coibir planejamentos tributários “nada ortodoxos”, notadamente a incorporação de ou por empresas deficitárias exclusivamente para gerar economia tributária em razão da dedução do ágio pago por empresas lucrativas.

Nesse particular, embora outros artigos desse mesmo texto legal tratem de verdadeiros incentivos fiscais, não há na Exposição de Motivos que acompanhou a referida MP nenhuma menção, referência ou sinal de qualquer pretensão do Governo de conceder uma espécie de *benefício fiscal* com o ágio (no sentido de veicular uma *isenção* ou *incentivo fiscal*), mas tão somente de reformular o seu tratamento tributário.

Nesse ponto, não se pode perder de vista que o direito à dedução do ágio nunca constituiu um benefício fiscal em sentido técnico (renúncia estatal), afinal sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), o qual, na ausência de regra legal

²⁹ Publicada no Diário do Congresso Nacional de 02/12/1997 (páginas 18.021/18.023).

específica, já seria dedutível quando da liquidação ou baixa do investimento por implicar uma perda, isto é, um decréscimo patrimonial.

De qualquer forma, houve por bem o Legislador, ao veicular os artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997:

(i) alterar a redação quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que **detenha participação societária adquirida com ágio.***

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado³⁰), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar de forma expressa a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

Sob a égide, então, do artigo 7º da Lei 9.532/1997, a dedução como perda de capital atribuída à baixa do ágio por extinção do investimento em razão de fusão, cisão ou incorporação passou a ser permitida exclusivamente quando seu motivo econômico consistir na expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida prevista na alínea b do § 2º, do artigo 20, do Decreto-Lei n. 1.598/77.

E de acordo com a redação do § 3º deste mesmo artigo 20, antes de sua alteração pela Lei n. 12.973/2014 “*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*”.

Como se pode notar da leitura desse dispositivo, a legislação tributária não trouxe detalhes sobre a forma de “demonstração” do ágio, nem sobre o seu arquivamento. Na ausência, então, de prescrição em lei (e, inclusive, em regulamentação infralegal sobre o tema), forçoso concluir que o contribuinte tem liberdade para elaborar essa demonstração da forma como lhe parecer mais adequado, mas desde que evidencie claramente o motivo de ter pago um preço que supera o PL da sociedade adquirida e desde que não haja simulação ou fraude.

Vale dizer, o demonstrativo fiscal deve apenas se referir as razões que levaram o comprador a decidir pagar um ágio por ocasião do fechamento da operação. Trata-se, na verdade, de uma estimativa que se baseia normalmente após uma prévia auditoria da empresa alvo, ocorrendo, portanto, em momento anterior à própria transação.

Ordinariamente esses demonstrativos costumam ser preparados com base em projeções de fluxo de caixa descontado, em estudos econômicos internos ou por meio de laudos de empresas de auditoria, como mera forma de ponderação do preço de aquisição do investimento.

³⁰ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

Nesse ponto convém destacar que o Laudo de Rentabilidade Futura fornecido pela Recorrente foi elaborado por empresa especializada justamente com base no método de fluxo de caixa descontado (*Discounted Cash Flow – DCF*), método este que suporta o montante estabelecido como preço do negócio e, mais ainda, demonstra e comprova que a motivação do pagamento do ágio consiste justamente na expectativa de rentabilidade futura do investimento, atendendo, assim, aos pressupostos da legislação tributária da época.

Nesse contexto, ou seja, sob a vigência das regras legais veiculadas pelos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/1997, nem é preciso dizer que a dedução fiscal da perda de capital, calculada a valor contábil, pelas empresas que detinham investimento adquirido com ágio demonstrado pela rentabilidade futura da investida, expressamente autorizada pela lei, deu tremendo fôlego ao mercado de aquisições de empresas estatais e, conseqüentemente às fusões, cisões e incorporações de sociedades.

Obviamente que o aproveitamento de 34% do ágio (IRPJ – 25% + CSLL – 9%), que influenciava diretamente o próprio preço do negócio, constituiu um meio eficaz de atrair propostas mais rentáveis para aquisição de empresas públicas, inclusive por investidores estrangeiros, atendendo o propósito da própria lei, conforme visto.

Como pontua Valter Lobato³¹:

É preciso destacar que a autorização legal de amortização fiscal do ágio surgiu no contexto do Plano Nacional de Desestatização (PND), levado a efeito pelo Governo Federal à época. Tinha-se o objetivo claro de atrair investimentos, primordialmente externos, que deveriam recair sobre empresas estatais brasileiras, como foi o caso das empresas de telefonia. Contudo, é preciso apontar que a lei não ficou restrita a investimentos em estatais, ou seja, àqueles que seriam realizados no âmbito do PND, mas sim toda e qualquer aquisição, nos termos da referida lei.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, que conferiu o direito de dedução nas hipóteses legais dos artigos 7º e 8º, a figura do "ágio" foi sendo amplamente utilizada também no contexto de aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas e ilícitas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

A crescente utilização de ágio e, reconhecemos, seu abuso em dadas operações (principalmente internas), chamaram a atenção das autoridades fiscais, que reagiram com um verdadeiro “caça às bruxas” a qualquer operação com ágio, passando a autuar os contribuintes no modo “piloto automático”, mas sem perceber que, em muitos casos, acabaram confundindo operações lícitas e induzidas pelo poder público com operações artificiais ou ilícitas, estas sim repudiáveis.

Muitas vezes, aliás, a negação ao direito de amortizar o ágio nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei n. Lei 9.532/97 parte de argumentos exclusivamente contábeis, não raramente até com menção específica a dispositivos previstos em normativos de órgãos regulatórios ou contábeis, como CVM e o CPC, mas que, a todo rigor, não deveriam ser considerados por contrariar ditames legais próprios.

³¹ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

Por mais apaixonante ou justo que possam ser as normas regulatórias ou contábeis acerca do ágio, o fato é que há todo um regime jurídico-tributário específico, que, inegavelmente, deve prevalecer em um autêntico Estado Democrático de Direito.

A própria CSRF, aliás, já rechaçou a tentativa das autoridades fiscais conferirem prevalência de normas não tributárias (no caso, da CVM) sobre leis tributárias, conforme atesta o seguinte julgado (Acórdão 9101-002.539, de 20/01/2017) decidido por unanimidade:

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

Disposição expressa da lei tributária sobre possibilidade de se amortizar a despesa de ágio em 60 meses não pode ser afastada por instrução normativa expedida por órgão regulador (CVM) que dispõe que a amortização deve ser dar no prazo de concessão. Pode a empresa manter contabilidade empresarial para atender órgão regulador e contabilidade fiscal para atender o interesse do Fisco. Instrução normativa de órgão regulador não o condão de vincular a pessoa jurídica para fins fiscais porque não é norma complementar expedida pela administração tributária nos termos do art. 100 do CTN.

No contexto de convergência e uniformização das regras contábeis brasileiras com as normas e princípios contábeis internacionais, o ágio foi regulamentado pelo Pronunciamento Técnico (CPC) 15, de 26/06/2009 (posteriormente substituído por nova versão aprovada em 03/06/2011 – CPC15(R1)), normativo este restrito às “combinações de negócios” praticadas entre partes independentes e que determinou o método de alocação do preço de compra (*purchase method*) como critério para contabilização de operações de aquisição de controle.

Nesse sentido, o item 4 do CPC 15 determina que o método de aquisição deverá ser aplicado em cada operação de combinação de negócios³², mediante quatro etapas dispostas no item 5 do CPC 15: **(i)** identificação do adquirente; **(ii)** determinação da data de aquisição; **(iii)** reconhecimento e mensuração dos ativos identificáveis adquiridos, dos passivos assumidos e das participações societárias de não controladores na adquirida³³; e **(iv)** reconhecimento e mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*)³⁴ ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

³² CPC 15: “4. A entidade deve contabilizar cada combinação de negócios pela aplicação do método de aquisição”.

³³ De acordo com o item 18 do CPC 15, “o adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos valores justos da data da aquisição.”

³⁴ Nos termos do item 32 do CPC 15: “O adquirente deve reconhecer o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*), na data da aquisição, mensurado pelo montante que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma:

(i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (ver item 37);

(ii) do montante de quaisquer participações de não controladores na adquirida,

O ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) não está mais sujeito à amortização contábil, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (*impairment*) pelo menos uma vez ao ano, na linha do que determina o Pronunciamento Contábil nº 1 do CPC (“Redução ao Valor Recuperável de Ativos”).

Tendo em vista que uma avaliação confiável do valor de uma empresa consiste em um trabalho minucioso e bastante complexo, admite-se que a segregação do custo de aquisição seja escriturada provisoriamente, em valores estimados, no momento da aquisição. Posteriormente, esses valores devem ser ajustados quando a mensuração e a sua respectiva demonstração estiverem prontas, conforme procedimento previsto no CPC 15. Veja-se o seguinte trecho do pronunciamento sobre a mensuração do ágio:

Durante o período de mensuração, o adquirente deve ajustar retrospectivamente os valores provisórios reconhecidos na data da aquisição para refletir qualquer nova informação obtida relativa a fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, a qual, se conhecida naquela data, teria afetado a mensuração dos valores reconhecidos. (...)

46. O período de mensuração é o período que se segue à data da aquisição, durante o qual o adquirente pode ajustar os valores provisórios reconhecidos para uma combinação de negócios. O período de mensuração fornece um tempo razoável para que o adquirente obtenha as informações necessárias para identificar e mensurar, na data da aquisição, e de acordo com este Pronunciamento, os seguintes itens:

- (a) os ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e qualquer participação de não controladores na adquirida;
- (b) a contraprestação transferida pelo controle da adquirida (ou outro montante utilizado na mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura – *goodwill*);
- (c) no caso de combinação de negócios realizada em estágios, a participação detida pelo adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação; e
- (d) o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) ou o ganho por compra vantajosa.

Como se extrai do trecho acima transcrito, o laudo contábil relativo ao fundamento econômico do ágio (*Purchase Price Allocation - PPA*) deve, em atenção aos ideais das melhores práticas contábeis, ser preparado em momento posterior ao da aquisição da participação, quando for possível mensurar de forma confiável os intangíveis detidos pela empresa, o valor justo dos seus ativos e passivos, e residualmente a projeção de rentabilidade futura (*goodwill*).

mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e

(iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (ver itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;

(b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento”.

Ocorre que o distanciamento que havia entre o ágio contábil e o ágio fiscal se estreitou apenas em 2014, uma vez que a legislação tributária alterou a redação do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 nos seguintes termos:

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*):

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (*Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014*)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (*Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014*)

§ 1 - Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas. (*Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014*)

§ 2º - (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

§ 3 - O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação (*Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014*)

Sob a égide dessas novas regras³⁵, verifica-se uma aproximação do direito tributário ao societário pós IFRS no que diz respeito à motivação do ágio, motivação esta que novamente perde importância, uma vez que não há mais como fundamentá-lo nas três razões econômicas previstas na redação originária do artigo 20, § 2º, que foi revogado.

O atual regime jurídico das despesas com ágio, **instituído pela Lei 12.973/2014**, ficou mais consistente com a natureza contábil do ágio, eliminando a justificação subjetiva do motivo econômico. No atual regime, a mensuração e a alocação do ágio passou a seguir a sistemática quanto à ordem de preferência prevista no CPC n. 15, por meio do qual a sociedade investidora deve realizar a alocação do preço de aquisição ao valor justo líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, a fim de que apenas o valor residual seja tratado como ágio por rentabilidade futura (*goodwill*).

Quanto ao laudo fiscal, a lei estabeleceu que deve ser elaborado por perito independente e que deve ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

³⁵ Válidas a partir de 01/01/2015, exceto para os contribuintes que optarem por aplicá-las a partir de 01/01/2014, nos termos da Instrução Normativa n. 1.469/2014.

Como forma de evidenciar que o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura não possuía caráter residual, veja-se o seguinte quadro comparativo da redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 antes e depois das alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014:

Artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77	
Antes da Lei nº 12.973/2014 (Vigente à Época dos Fatos)	Depois da Lei nº 12.973/2014 (Não Vigente à Época dos Fatos)
<p>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:</p> <p>I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e</p> <p>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.</p> <p>§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:</p> <p>a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;</p> <p>b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;</p> <p>c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.</p>	<p>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:</p> <p>I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e</p> <p>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</p> <p>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.</p>

E como forma de evidenciar a diferença de função e conteúdo dos laudos contábeis e fiscais antes da Lei 12.973/2014, veja-se o seguinte resumo:

	<i>Price Purchase Allocation</i>	<i>Laudo de Rentabilidade Futura</i>
Base Normativa	Lei nº 11.638/2007 IFRS	Decreto-Lei nº 1.598/77 (Anterior à alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014)
Função	<i>Contábil/Regulatória:</i> Atender às normas internacionais de contabilidade introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009.	<i>Fiscal:</i> Atender ao disposto no artigo 20, §§ 2º e 3º do Decreto-Lei nº 1.598/77.
Conteúdo	Avaliação de intangíveis e da mais ou menos-valia de ativos e passivos adquiridos.	Exposição das motivações econômicas (<i>i.e.</i> , expectativas de rentabilidade futura dos investimentos) pelas quais a ABB pagou, pelas ações da CND Holdings, valor superior ao patrimônio líquido adquirido.

Diante do exposto e da análise dos quadros, resta notório que o ágio oriundo da aquisição da CND Holding pela Recorrente, para fins fiscais, se justifica mediante o referido laudo fiscal baseado em Fluxo de Caixa Descontado, o qual atesta a expectativa de rentabilidade futura, servindo de “gatilho” para a dedutibilidade do ágio após a sua baixa por extinção do investimento via incorporação.

Já o laudo contábil (PPA) foi feito para atender a contabilidade, como exigiam a Lei n. 11.638/2011 e o CPC 15, naquele momento de distanciamento com o regramento fiscal.

Feitas essas considerações, entendo que definitivamente a premissa no sentido de que a redação do art. 20 do Decreto-lei 1.598/77, antes da alteração da Lei 12.973/2014, já estabelecia uma ordem para reconhecimento do ágio apenas como a parcela residual não se sustenta juridicamente.

E nem se fale que a Lei 12.973/2014 é “interpretativa” ou passível de retroagir, uma vez que suas inovações são evidentes. Basta ler o texto legal e comparar com as disposições anteriores, para verificar que tal lei é um marco no direito tributário, uma vez que por ela que ocorreu o primeiro “corte” relativo à normatização das diversas mudanças contábeis que se sucederam pós IFRS.

Como se sabe, uma norma jurídica deve produzir efeitos apenas para o futuro, não podendo a lei prejudicar, nos termos do artigo 5º, XXXVI, da CF, *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

No Direito Tributário, o princípio da irretroatividade ainda é previsto no artigo 150, III, “a”, da CF³⁶, que impõe à lei que institua ou majore tributos a obrigação dela dispor somente a partir de sua vigência, devendo, como regra³⁷, ser sempre anterior ao fato gerador.

³⁶ Artigo 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

³⁷ Salvo as exceções previstas no artigo 106 do CTN.

Nas palavras de José Souto Maior Borges³⁸:

a proibição de leis (tributárias) retroativas está assegurada no art. 5º, XXXVI, quando este prescreve que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ou ainda que a lei penal (aplicável aos crimes de sonegação fiscal) não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL). A irretroatividade das leis tributárias é campo de eleição preferencial da segurança jurídico-tributária. Assim a CF veda, no art. 150, III, a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. A surpresa fiscal dos contribuintes é um contra-valor enquanto tal incompatível com o valor segurança jurídica. É dizê-la: fator de insegurança nas relações entre fisco e contribuintes.

Com efeito, a origem e a estrutura de nosso Estado Democrático de Direito deveriam implicar em órgãos julgadores que tutelem ao máximo os direitos individuais e os princípios constitucionais tributários, preservando ao máximo a segurança jurídica quando da interpretação dos enunciados legais.

Legalidade, isonomia, capacidade contributiva, anterioridade, assim como todos os outros princípios constitucionais tributários, não obstante suas peculiaridades, traduzem a ideia de que o exercício do poder de tributar deve operar-se com a máxima segurança jurídica.

Na lição de Paulo de Barros Carvalho³⁹ “segurança jurídica” “*é, por excelência, um sobreprincípio. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais*”.

Sobre a relação entre direito e segurança, oportunas as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁴⁰:

segurança significa a clara determinação e proteção do direito contra o não direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações.

Ora, admitir que o ágio motivado em demonstrativo que atesta a rentabilidade futura da investida já era residual antes da Lei 12.973/2014, com a devida vênia, é exemplo clássico de violação da estrita legalidade, irretroatividade e segurança, que são os principais valores almejados pela ordem social, “*em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados*”⁴¹.

Da inexistência de interposição simulada da CND HOLDING

³⁸ BORGES, José Souto Maior. O Princípio da Segurança na Constituição Federal e na Emenda Constitucional 45/2004. Implicações Fiscais. In Princípios de Direito Financeiro e Tributário, organizadores: PIRES, Adilson Rodrigues e TORRES, Heleno Taveira. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2006. P. 246.

³⁹ "O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias". In Crédito Prêmio de IPI: estudos e pareceres. Barueri: Manole. 2005. P. 86.

⁴⁰ Revista de Direito Tributário. Volumes 17/18. P. 51.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

Segundo o I. Relator, o uso da empresa CND Holdings teria o condão de prejudicar a amortização fiscal do ágio, “*dado ser esta apenas uma holding sem substância interposta na operação. Logo, a incorporação da CND HOLDINGS não poderia resultar amortização de ágio para fins fiscais, como também corretamente concluiu a autoridade autuante*”.

De plano, salta aos olhos que restou demonstrado que a CND Holdings foi criada antes da celebração do Contrato de Compra das Ações da CND pela ABB, ou seja, sob a vontade e tutela da ELJ (vendedora).

Esse fato, quando menos, além de eliminar qualquer conduta dolosa da Recorrente, comprova que ela apenas adquiriu a CND Holding, empresa esta que nunca esteve sob seu controle antes da aquisição. Não há, portanto, condições de imputar o uso indevido (ou simulado) de uma empresa que não foi constituída pelo contribuinte, mas sim pelo vendedor.

A CSRF, aliás, já afastou a glosa em situação semelhante a presente, conforme atesta o seguinte trecho do voto objeto do Acórdão 9101-003.208:

Vê-se que a DIJON/CAJATI também teve existência efêmera, de apenas 1 (um) ano, não registrou funcionários, não exerceu qualquer atividade operacional ou empresarial geradora de receitas. Mas aqui há uma questão que diferencia este negócio dos outros. A empresa-veículo DIJON/CAJATI não foi criada pelo GRUPO BUNGE. A DIJON/CAJATI foi criada pelo grupo VALE que depois subscreveu seu capital com as ações da FOSFÉRTIL.

(...)

A aquisição foi sem dúvida vantajosa para a Bunge Fertilizantes, mas, neste caso, dentro dos limites da lei. De fato, o ágio foi adquirido e pago por partes independentes que, depois, incorporaram a PJ investida.

(...).

É fato, como já afirmado pela auditoria fiscal, que a DIJON/CAJATI é uma Empresa-veículo. Contudo, essa veículo, como explicou a recorrente em suas peças de defesa, não foi constituída pelo GRUPO BUNGE. A Bunge Fertilizantes apenas adquiriu a DIJON/CAJATI, como também poderia ter adquirido a própria Fósfértil. Portanto, a utilização da veículo DIJON/CAJATI, neste caso, não se deu pelo GRUPO BUNGE, mas pelo grupo VALE.

Em face do exposto, relativamente a essa parcela do ágio, não deve ser mantida a exigência fiscal.

Não obstante, e a título argumentativo, para falar em simulação, é preciso que o fisco comprove que houve tentativa da parte de mentir que fez algo para esconder outro (o dissimulado), criar algo inexistente para iludir terceiros ou celebrar dado negócio sem observância de sua causa jurídica.

A questão, portanto, que se coloca é: a CND Holdings, tal como ela foi constituída e incorporada, de fato existiu? Ela tem causa jurídica?

Ora, trata-se a CND Holdings, como a própria razão social sugere, de “holding”, isto é, sociedade que tem por objeto social justamente participar em outras empresas, em conformidade com o que dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Há, contudo, reconhecimento expresso na lei societária que uma sociedade pode ser constituída apenas para beneficiar-se de incentivos fiscais.

A duração de uma sociedade pode variar conforme o interesse das partes. De acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade de uma empresa pode inclusive restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Isso significa dizer que, ainda que para alguns não seja desejável, é perfeitamente normal, ou melhor, válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, umas com operações mercantis, outras produtivas e outras mero canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua liberdade de empreender.

A curta duração da empresa, volume de capital, histórico de operações, quantidade de funcionários não constituem, por si só, nada em se tratando de uma “holding pura com fins específicos”. A lei tutela esse tipo societário e lhe confere legitimidade e autonomia, não podendo o operador do direito criar empecilhos em sentido contrário da norma.

De fato, a CND Holdings foi constituída pelo vendedor em total conformidade com as regras societárias positivadas. Não há, ao contrário do que quer fazer crer a autoridade autuante, ilusão negocial ou mera aparência sobre a existência e finalidade desta holding. E qual foi a sua finalidade? Ora, foi a de permitir a alocação do investimento da CND em uma única “ponta”, de forma a melhor implementar a venda de suas ações.

Nesse estado de coisas, não vejo nenhuma divergência ou contradição entre a vontade das partes e os negócios por ela firmados. Não há declaração enganosa. Não há negócio vazio de conteúdo. Não há negócio aparente ou dissimulado. Pelo contrário, aquilo que foi declarado pelas partes foi de fato realizado.

Também não houve incompatibilidade entre os instrumentos jurídicos utilizados e seus respectivos tipos. A CND Holdings cumpriu seu fim típico (*causa jurídica*), qual seja, a de receber e concentrar as ações objeto do negócio, ainda que tenha figurado por pouco tempo e tenha sido extinta por incorporação pouco tempo depois.

Essa TO, a propósito, já reconheceu que a utilização das chamadas empresas veículos não é fator que impede o aproveitamento fiscal do ágio, na linha dos precedentes abaixo transcritos.

PROPÓSITO NEGOCIAL. VALIDADE DA OPERAÇÃO. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se

ainda mais justificada. **ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.** O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. (Acórdão n.º 1201-001.534. Sessão de 05 de outubro de 2016).

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO POR INTERMÉDIO DE “EMPRESA VEÍCULO”. LEGITIMIDADE.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa detentora do ágio por meio de fusão, cisão e incorporação. O uso de empresa veículo e de incorporação reversa não prejudicam o direito de amortizar fiscalmente o ágio. (Acórdão nº 1201-002.728. Sessão de 20 de fevereiro de 2019).

ÁGIO FUNDAMENTADO EM EXPECTATIVA DE RESULTADOS FUTUROS. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A legislação que permite a dedução da amortização do ágio em determinadas circunstâncias e desde que preenchidos determinados requisitos é norma indutora de comportamento do contribuinte. Não havendo ocorrência de fraude ou simulação e tendo sido verdadeiras e legítimas as operações perpetradas, inclusive, com a ocorrência do efetivo pagamento do preço, a dedução do ágio é possível, ainda que o benefício fiscal seja o principal ou mesmo o único elemento motivador. Uma vez demonstrado o devido propósito negocial e substância econômica na realização de reorganizações societárias, a dedução da amortização do ágio torna-se ainda mais justificada. **UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.** A utilização da chamada "empresa veículo" não guarda qualquer ilegalidade ou abuso em si, sendo necessária a identificação de outros elementos como a fraude ou simulação para que a glosa da dedução do ágio se justifique. Na hipótese em que presentes para o contribuinte, outras opções de movimentação societária que resultariam no mesmo efeito tributário que é a dedução do ágio, a eventual utilização de empresa veículo configura simples decisão de negócios que não prejudica o benefício fiscal. (Acórdão 1201-002.247. Sessão de 19/07/2018).

Da improcedência da tese fazendária do “real adquirente”

Sustentam a fiscalização e o Relator, ainda, que a ausência de confusão patrimonial entre a adquirente (ABB) e a real investida (Tenedora aos olhos do fisco e CND aos olhos do Relator) impediria a dedução fiscal do ágio, afinal esta confusão constituiria um requisito legal previsto no artigo 7º Lei n. 9.532/1997.

O presente Julgador, nesse ponto, encontra-se até em uma situação até então inédita, uma vez que a tese em questão costuma ser invocada com enfoque no comprador (e não na empresa que foi vendida), sob a terminologia de “real adquirente”. Aqui, porém, mudou-se a terminologia da tese, de “real adquirente” para “real investida”, mas o racional para refutar sua procedência é o mesmo.

A tese do “real adquirente/investida” não tem amparo na lei. Trata-se de interpretação que fere o mais basilar princípio de direito, que é a legalidade, fazendo com que o Executivo indevidamente negue o que o Legislador autorizou.

Valendo-se do que pontuaram Luciana Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis⁴²:

(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.

Ressaltada a deficiência da própria terminologia da tese fazendária (*real adquirente* e aqui *real adquirida*), vale lembrar que o intérprete deve (ou deveria) abandonar crenças e rótulos e construir o comando legal a partir da linguagem da lei fiscal e o respectivo arquétipo constitucional do tributo.

E o que diz o texto legal? a lei prescreve a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997).

Ou seja, no momento dos eventos societários que ensejam a baixa do ágio (incorporação, fusão ou cisão), é necessário que uma das pontas seja a empresa que **detém** o investimento que foi **adquirido** com ágio e a outra seja a empresa adquirida, e nada mais!

Reportando-nos à operação de aquisição em questão, não resta dúvida de que a ABB é a “real adquirente” e a CND Holding a empresa que foi por ela comprada (“real investida”) e, em seguida, extinta por incorporação pela própria ABB.

Forçoso concluir, então, que o requisito legal para a amortização do ágio foi cumprido.

O argumento do voto vencedor só faria sentido se a CND Holding pudesse ser desqualificada, o que não faz o menor sentido, conforme visto no tópico acima.

Conclusão

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli

⁴² Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225.