



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

Processo n° 16561.720133/2013-11
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.145 – 1ª Turma
Sessão de 4 de outubro de 2017
Matéria IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente CENTRAL ENERGETICA VALE DO SAPUCAI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

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.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

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.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. REPERCUSSÃO DOS AJUSTES NO LUCRO REAL PARA A BASE DE CÁLCULO DA CSLL. MOMENTOS DA EXISTÊNCIA DO INVESTIMENTO. AQUISIÇÃO. DESENVOLVIMENTO. DESFAZIMENTO.

I - Construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP). Foram delineados três momentos cruciais para o investidor: nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, assim tratados: (1º) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, (2º) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3º) e desfazimento do investimento.

II - O segundo momento operacionalizou sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. De um lado, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. De outro, determinou-se que o

investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida, viabilizando-se a neutralidade do sistema e a convergência para fins fiscais das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

III - A mesma premissa deve ser considerada para o primeiro (aquisição) e terceiro (desfazimento) momentos. No desfazimento, o ágio deve ser considerado na apuração da base de cálculo do ganho de capital. Na aquisição, o sobrepreço contabilizado só poderá ser objeto da amortização se ocorridas as hipóteses de aproveitamento previstas expressamente na legislação.

IV - Nítida e transparente a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos, em seus diferentes momentos: aquisição, desenvolvimento e desfazimento.

REGRAS GERAIS DE DEDUTIBILIDADE. ÁGIO. DESPESA.

Ágio é despesa, submetida a amortização, submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, e com repercussão tanto na apuração do IRPJ quando da CSLL, conforme art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que não conheceu da questão a respeito da CSLL. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Régo (Presidente em exercício).

Relatório

Tratam-se de **Autos de Infração** (E-fls. 994 ss.) científicos à contribuinte em 11.11.2013 para a exigência de IRPJ e CSLL relativos aos anos calendário 2008 a 2010, juntamente com juros de mora e multa proporcional de 75%, em razão da acusação fiscal de indedutibilidade de despesas decorrentes da amortização do ágio registrado pela Cargill Agrícola S.A. com base na expectativa de rentabilidade futura quando da aquisição de investimento na Central Energética Vale do Sapucaí LTDA, que posteriormente foi transferido para a Cargill Holding Participações Ltda. e para a Cargill Simoni Participações Ltda, conforme detalhado no **Termo de Encerramento** (E-fls. 891 ss.), ao qual se remete para uma leitura mais detalhada.

Um resumo da matéria autuada, porém, pode ser retirada do relatório do acórdão recorrido, sob sua óptica, que a seguir transcreve-se:

“Em conformidade com o Termo de Encerramento de fls. 891/909, o ágio em discussão tem origem, resumidamente, na aquisição, por parte da empresa CARGILL AGRÍCOLA S/A, de 62% da COMPANHIA ENERGÉTICA VALE DO SAPUCAÍ LTDA (CEVASA a AUTUADA). Tal investimento foi, em momento posterior, utilizado para aumentar o capital da pessoa jurídica CARGILL HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA, que, por sua vez, também o utilizou para aumento de capital da pessoa jurídica CARGIL SIMONI. Por fim, a CARGILL SIMONI foi incorporada pela CEVASA (incorporação às avessas), que passou a amortizar o ágio. A CARGILL HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA e a CARGILL SIMONI foram constituídas em 10/10/2005, tendo como sócio principal a CARGILL AGRÍCOLA.

Embora a Fiscalização não os tenha indicado de forma segregada, mas, sim, conjuntamente com a descrição dos fatos, extraio do referido Termo de Encerramento o que poderiam ser considerados os fundamentos da autuação.

A meu ver, são eles:

i) a CARGILL HOLDING, ao receber as quotas da CEVASA como aumento de

capital feito pela CARGILL AGRÍCOLA, antes de repassar tais quotas para CARGILL SIMONI, criou RESERVA DE CAPITAL DE ÁGIO para, em seguida, transferi-la para o resultado e neutralizar o efeito via LALUR;

ii) a CARGILL SIMONI, ao receber as quotas da CEVASA, reconstituiu a RESERVA ESPECIAL DE ÁGIO;

iii) a aquisição das quotas da CEVASA não foi efetuada pela CARGILL SIMONI, mas, sim, pela CARGILL AGRÍCOLA, que mantém o investimento por meio da CARGILL HOLDING;

iv) a CARGILL SIMONI recebeu as quotas da fiscalizada em AUMENTO DE CAPITAL;

v) o planejamento tributário é efetivado a partir do momento em que é viabilizada a INCORPORAÇÃO, evento que possibilitou a dedução da amortização do ágio;

vi) o argumento de que a "incorporadora e a incorporada pretendem unificar e centralizar as suas atividades sociais, através de um processo de incorporação, de forma a racionalizar operações, otimizar a administração e minimizar despesas através da economia em escala. Esta reorganização torna-se conveniente levando-se em consideração os custos sempre crescentes de se manter duas estruturas societárias distintas. Desta forma, a incorporação da incorporada pela incorporadora atenderá aos interesses das sociedades e dos respectivos sócios" é uma "falácia", vez que as despesas operacionais da CARGILL SIMONI foi, em 2007, de R\$ 124.934,34;

vii) a CARGILL SIMONI apresentou declaração de imposto de renda do ano de 2005 como INATIVA, e, relativamente aos anos de 2006 e de 2007, ressalvado o relacionado ao investimento recebido como aumento de capital com integralização das quotas da CEVASA, não apresentou movimento, de modo que resta patente que ela serviu apenas como veículo para o propósito pretendido, qual seja, a redução da incidência tributária via amortização do ágio;

viii) como os sócios que detinham a integralidade do capital votante da CARGILL SIMONI e da CARGILL HOLDINGS eram os mesmos que adquiriram a CEVASA, a avaliação que deu causa ao ágio foi direcionada para a expectativa de rentabilidade futura, sendo desconsiderado o valor dos bens ou mesmo do fundo de comércio;

ix) a apuração do ágio foi precedida de projeções feitas com base em dados oferecidos pela administração da empresa, de forma que o escopo do trabalho não incluiu investigação acerca da veracidade dos dados;

x) a incorporação às avessas, embora prevista na lei, não afasta a relevância das circunstâncias que podem cercar o caso concreto;

xi) o laudo de avaliação que foi dirigido à CARGILL AGRÍCOLA possivelmente objetivava subsidiar a INCORPORAÇÃO, e não o ágio pago no investimento, vez que quando de sua elaboração já haviam sido fixados os preços da transação, motivo pelo qual ele não é hábil para atender o disposto no § 3º do art. 20 do Decreto Lei nº 1.598, de 1977;

xii) considerados os registros efetuados nas DIPJs, o ágio permaneceu contabilizado na CARGILL AGRÍCOLA, CARGILL HOLDING e na CARGILL SIMONI, nas duas primeiras como investimento e na última segregado em INVESTIMENTO e ÁGIO;

xiii) a contabilização do ágio na CEVASA foi justificado pela sua própria rentabilidade futura, o que não se pode admitir no caso presente, vez que não há justificativa para que uma determinada empresa, por meio de um simples lançamento contábil, faça refletir a sua própria rentabilidade futura, ainda que esta esteja atrelada a certos ativos;

xiv) a amortização do ágio em questão é fruto de um abuso de direito e as operações societárias realizadas refletem um "fenômeno da multiplicação do ágio", representado pelo fato de as quotas da empresa circularem dentro do Grupo e, depois, retornarem ao titular inicial;

xv) se o investimento não foi efetuado pela fiscalizada, ainda que fossem observadas as demais condições legais, ela não poderia reduzir o seu resultado pela dedução de valores pagos por outra empresa; e

xvi) a amortização do ágio, para fins tributários, deve observar as regras estabelecidas pela legislação fiscal, não se subordinando às determinações da CVM, que dispõem sobre a proteção a ser conferida aos acionistas, relativamente à distribuição de lucros e dividendos.

Registro ainda que a Fiscalização, analisando resposta da contribuinte acerca das operações societárias realizadas, conclui que o objetivo de tais operações foi tão somente o aproveitamento da amortização do ágio, isto é, a economia tributária.

No que diz respeito ao percentual da multa de ofício, a autoridade fiscal, embora faça referência à necessidade de seu exame, limita-se a reproduzir fragmentos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Observo, contudo, que foi aplicado o percentual de 75%.”

A contribuinte apresentou **Impugnação** (E-fl. 913 ss.), sustentando os seguintes pontos, organizados pelo relatório da decisão da DRJ, que ora se aproveita:

"3. Cientificada em 11/11/2013 (AR fl.910), apresentou em 12/12/2013 a impugnação de fls. 913963, onde afirma, que embora a autoridade fiscal tenha glosado a amortização do ágio, não ocorreu nenhum questionamento sobre i) que o ágio foi gerado em operação de compra e venda de participação societária realizada entre empresas independentes;

ii) o valor do ágio é decorrente de tal operação, iii) houve o registro e a contabilização deste ágio e iv) os critérios do laudo que fundamentou o ágio pago pela, o qual se justificou por conta da expectativa de rentabilidade futura da ora reclamante;

4. Invoca, resumidamente, que a autuação não merece prosperar pelas seguintes razões: i) ocorreu a decadência uma vez que o ágio em análise foi registrado e utilizado inicialmente no ano calendário de 2007; ii) caso não seja acatada a preliminar de decadência, a autuação não deve prevalecer uma vez que, afastar a possibilidade de aproveitamento do benefício fiscal, com base em preceitos contábeis e normativos emitidos pela CVM é ignorar que o incentivo visa aquecer e valorizar a economia brasileira; iii) que fundamentar as conclusões pela indedutibilidade das despesas com base em conceitos atinentes à legislação contábil, sem observar que, no tocante ao aproveitamento e efeitos do ágio, referida legislação difere em muito da legislação tributária vigente à época, devendo ser desprezada quando em confronto com a legislação fiscal; iv) que o alegado abuso de direito foi fundamentado em cada operação, sem considerar a realidade fática e o propósito comercial verificados no contexto integral do negócio jurídico que ocasionou o reconhecimento do ágio em tela, contrariando a mais abalizada doutrina e jurisprudência do CARF; v) faz menção às operações implementadas pela Cargill, com vistas a aquecer o segmento do “Açúcar e Alcool”;

vi) que a utilização das sociedades holdings se deu por necessidade de proteção aos acionistas remanescentes; que nada há de errado em relação ao laudo de avaliação do ágio e, por fim, que a autoridade fiscal teria confundido os fatos ocorridos e as datas a estes concernentes, conforme demonstrará;

5. Discorre sobre o instituto decadência alegando que o fisco está impedido de

questionar o ágio que foi registrado no ano calendário de 2006, sendo que no presente caso se analisa a procedência de ágio registrado, declarado ao fisco e utilizado na DIPJ2008, referente ao ano de 2007, enquanto que o auto de infração foi cientificado em 12/11/2013;

6. Alega que o CARF vem decidindo que o fisco não pode promover revisão do ágio registrado, contabilizado em período já atingido pela decadência, conforme ementas e extratos dos votos, que transcreve;

7. Sustenta que como se verifica da DIPJ2008, ano calendário de 2007, recolheu o IRPJ/CSLL devidos no período com pagamento de estimativas mensais e IRRF, sendo inegável a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, nos termos da jurisprudência do STJ;

8. Conclui que não tendo o lançamento questionado o cálculo do valor do ágio, resta a impossibilidade de promover revisão do ágio registrado, contabilizado em período já atingido pela decadência para o fim de glosar a sua amortização com base em julgamento de valor não efetuado tempestivamente.

9. Prossegue tecendo considerações acerca do contexto negocial que deu origem ao ágio em análise para sustentar que a estruturação havida, visou apenas à proteção dos acionistas minoritários e não uma suposta multiplicação do ágio, conforme alega a autoridade fiscal.

10. Sustenta que buscou o Grupo Cargill com este negócio manter parceiros especializados que pudessem lhe auxiliar no crescimento desse projeto, adquirindo participação majoritária do capital social da Impugnante (e não integral) e mantendo no quadro de acionistas desta produtores de cana da região altamente especializados no setor do Açúcar e Álcool (i.e., a Canagrill Cana Agrícola Ltda. "Canagrill"), que iriam abastecer a Impugnante com os insumos necessários para a ampliação de sua produção.

11. E que, dentro do contexto da parceria firmada com seus acionistas minoritários (joint venture) e em razão da forma parcelada pactuada para pagamento do preço pela aquisição do controle da Impugnante, a Cargill Agrícola optou por, logo na sequência da aquisição, transferir o referido controle para a empresa Cargill Holding e, ato contínuo, para a empresa Cargill Simoni, de modo que a dívida ainda pendente de pagamento remanescesse com a Cargill Agrícola, mas o investimento fosse segregado desta. Isso permitiu o afastamento da dívida da sociedade que passou a ser a sócia direta da Impugnante (i.e., a dívida remanesceu na Cargill Agrícola e a participação societária direta na Impugnante passou a ser da Cargill Simoni).

12. Elaborou ilustração da operação ocorrida.

(...)

13. Faz uma série de digressões e, conclui que, não há como sustentar a falta de propósito negocial ou mesmo qualquer abuso de direito na geração do ágio em apreço, uma vez que tal ágio é legítimo e teria sido gerado até mesmo se a própria Cargill Agrícola não tivesse transferido a participação que detinha diretamente na Impugnante à Cargill Simoni, algo que somente fez por questões societárias e em respeito ao direito dos acionistas minoritários como será abaixo mais bem explicado.

14. No item seguinte disserta acerca da natureza de incentivo fiscal do ágio e sobre a impossibilidade de questionamento de condutas desejadas, restando afastada a possibilidade de se falar em planejamento fiscal. Afirma que o ágio é considerado pela legislação tributária como um legítimo incentivo fiscal, portanto, sequer merece discutir a existência ou não de propósito negocial para cada uma das etapas da estruturação feita pelo Grupo Cargill, já que introduzidas pela própria legislação.

15. Transcreve doutrina acerca de Planejamento Tributário, para defender que os incentivos fiscais criados pelo Estado estão inseridos no âmbito das condutas desejadas e induzidas por este, que concede um prêmio para que seus contribuintes atuem de determinada maneira a gerar uma nova realidade desejada pelo Estado. Assim, uma vez que a conduta é desejada pelo Estado, não há como conceber que

quando for implementada pelo contribuinte, com o resultado esperado pela norma de incentivo (no caso impulsionar a economia nacional), possa ser a conduta questionada pela autoridade fiscal., conforme leciona Marco Aurélio Greco: "Ora, quando o contribuinte decide agir no sentido indicado pelo ordenamento e, com isto, usufruir de menor tributação, não estamos perante hipótese de planejamento tributário nem de elisão" (Destaques nossos)

16. Mais uma vez se utiliza julgado do CARF para afirmar que em prevalecendo o argumento da autoridade fiscal, seria de se questionar os benefícios Fiscais concedidos às empresas instaladas na Zona Franca de Manaus, as quais tiveram apenas fins fiscais. Portanto, não pode prevalecer o argumento de que teria criado artificialmente situação para se beneficiar indevidamente.

17. Assim, atestado que a operação que deu ensejo ao ágio não só decorre de negociação real entre partes não relacionadas, mas que também teve pagamento efetivo do preço pactuado, é dever do Estado conceder a sanção positiva (premier) prevista na norma indutora da conduta desejada por este (impulsionar o crescimento econômico nacional), devendo ser afastada a glosa perpetrada pela autoridade fiscal e mantida a amortização tributária do ágio em questão.

18. Prossegue atacando as alegações de abuso de direito levantadas pela autoridade fiscal acerca dos supostos propósitos que deveriam ter sido verificados na constituição e utilização da Cargill Holding e Cargill Simoni para que se pudesse acatar a utilização do ágio em apreço.

19. Entende que a autoridade fiscal peca ao analisar isoladamente cada operação/evento sem levar em conta o contexto/pano de fundo e os intentos do conjunto negocial das operações/eventos implementados, isso porque insiste a autoridade fiscal em procurar substância econômica e propósito negocial na criação e utilização da Cargill Holding e Cargill Simoni na operação em análise, levantando de forma genérica, argumentos relativos ao tempo de existência destas, aos custos incorridos por estas no tempo e sua existência, dentre outros.

20. Apega-se à interpretação no âmbito do planejamento tributário defendida por Greco, para alegar que a reestruturação não trouxe benefício fiscal adicional ao Grupo Cargill, posto que estes poderiam ter sido aproveitados sem a reestruturação ora tratada.

Entende que por estas razões se mostram frágeis às argumentações contidas no auto de infração para confrontar isoladamente a substância e o propósito de existência das empresas Cargill Holding e Cargill Simoni no contexto negocial da estréia do Grupo Cargill no setor de Açúcar e Alcool.

21. Transcreve manifestações jurisprudenciais do CARF e conclui afirmando que não merece subsistir a autuação, posto que fundada na análise superficial e isolada das empresas Cargill Holding e Cargill Simoni sem se ater ao contexto negocial e aproveitamento da amortização tributária do ágio.

22. Ataca as conclusões do fisco acerca do propósito negocial da Cargill Holding e da Cargill Simoni que sempre foi o de permitir a amortização do ágio em debate, justificando esta conclusão no fato de elas terem permanecido inativas desde a sua constituição, não tendo registro de qualquer empregado e ou movimentação financeira e, ainda, o fato de que a existência da Cargill Simoni limitouse à "apenas" 17 meses desde a sua criação, o que evidenciaria também a sua ausência de propósito e/ou substância.

23. Sustenta que a autoridade fiscal o acusa de ter planejado a constituição da Cargill Holding e Cargill Simoni somente para posteriormente realizar incorporação desta última e se aproveitar do incentivo fiscal da amortização do ágio tributário.

Ainda que entenda não ser necessário explicar os motivos específicos e isolados para a constituição da Cargill Holding e da Cargill Simoni, o fará novamente, apenas a título de argumentação, para que não reste qualquer dúvida:

a) as empresas Cargill Holding e Cargill Simoni foram constituídas no ano de 2005,

antes de se iniciarem as negociações efetivas com Maurílio Biagi Filho para aquisição do investimento em discussão;

b) como reconhecido pelo CARF, empresas tidas como holdings, dentro do contexto societário, não são sociedades operacionais, servindo propósito estrutural de segregação, organização e gerenciamento de investimentos, não sendo inerente a tais tipos societários, portanto, folhas extensas de pagamentos e/ou complexas movimentações financeiras;

c) que as empresas serviram a propósitos específicos de proteger os direitos dos acionistas minoritários e para permitir uma melhor gestão inicial deste novo negócio dentro do amplo universo de negócios detidos pelo Grupo Cargill em outros setores da economia brasileira;

d) que o CARF já se manifestou por afastar as acusações Fiscais contra empresas tidas como veículos utilizadas como suposto artifício para aproveitamento do incentivo fiscal;

e) que à luz destas manifestações jurisprudenciais falta base à autoridade fiscal para contestar a substancia e o propósito da constituição da Cargill Holding e da Cargill Simoni;

24. Justifica que houve necessidade de constituição das empresas Cargill Holding e Cargill Simoni por razões de ordem societária e em estrita consonância com as regras de proteção aos direitos dos acionistas minoritários, uma vez que embora o preço de compra tenha sido pactuado a prazo, o fato é que, com a assinatura do contrato de compra e venda e o fechamento do negócio, a Cargill Agrícola passou a ser a quotista majoritária da ora impugnante de forma imediata, sendo a participação remanescente de 37,12% detida pela quotista minoritária Canagrill. Prossegue afirmando que, se a participação na Impugnante não fosse transferida à Cargill Holding e à Cargill Simoni, eventual futura incorporação da impugnante na Cargill Agrícola como sugerido pela autoridade fiscal, seria, sem sombra de dúvidas, passível de questionamento pela quotista minoritária (Canagrill) uma vez que tal incorporação permitiria que a dívida da compra e venda ainda existente na Cargill Agrícola acabasse sendo por ela "herdada" ou "assumida" parcialmente pela impugnante e, indiretamente, pela Canagrill. Ou seja: como a Canagrill passaria a ser quotista da sociedade resultante da incorporação sugerida pelo auditor (neste caso a Cargill Agrícola), tal sociedade seria devedora do preço de compra a prazo das quotas da Impugnante ainda não pago, de uma hora para outra, a Canagrill (parceira na joint venture) passaria a ser também, ainda que indiretamente, devedora do preço de aquisição da participação que a Cargill Agrícola havia adquirido da impugnante.

25. Ante o exposto conclui que a futura incorporação da Cargill Simoni na ora impugnante não só preservou os intentos pactuados no negócio em apreço, como também não acarretou qualquer assunção pela Cargill de dívida relacionada à aquisição da reclamante, como proíbe a CVM.

26. Transcreve manifestação do CARF favorável à utilização de empresas holdings para evitar abusos de poder que pudessem ferir os direitos dos acionistas minoritários.

27. Sugere que a autoridade fiscal não teria compreendido o negócio realizado e como prova, afirma que este teria esquecido de considerar que o pagamento do preço com ágio da participação de 62,88% do capital da ora impugnante pela Cargill Agrícola ocorreu em 5 parcelas consecutivas. Com isso, caso a Cargill Agrícola fosse incorporada pela impugnante ou viceversa a dívida em análise seria sim transferida para a empresa que resultasse desta incorporação, caracterizando o abuso do direito de poder nos exatos termos do inciso II do artigo 15 da Instrução CVM 319 ("a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle").

28. Contestando as conclusões da autoridade fiscal transcreve parte das orientações contidas na Nota Explicativa CVM nº 349, onde resta destacado que "os dividendos

dos acionistas não controladores não podem ser diminuídos pelo montante do ágio amortizado, o que, no seu entender, faz ruir todos os argumentos utilizados no auto de infração para confrontar a existência e substância das empresas Cargill Holding e Cargill Simoni.

29. Defende a legalidade da incorporação da Cargill Simoni, contestando os argumentos de que tal evento permitiu a fruição do incentivo fiscal decorrente da amortização do ágio e de que não existiam razões relevantes para que tal operação fosse conduzida.

30. Sustenta que a autoridade fiscal extrai tais eventos do contexto em que estão inseridos para justificar a glosa, esquecendo-se que a legislação condiciona o aproveitamento do ágio ao evento de incorporação, sem exigir qualquer justificativa para sua realização.

31. Afirma que: o evento de incorporação ocorreu após mais de 1 ano da estréia do Grupo no setor do Açúcar e Alcool, isto é, em 12/11/2007. Ou seja, foi somente após tomar conhecimento mais apurado deste mercado que o Grupo Cargill decidiu pela incorporação da Cargill Simoni na Impugnante, algo que, digase de passagem, poderia ter ocorrido até bem antes desse prazo e que ainda assim seria válida, como demonstram as pacíficas decisões do C. CARF a esse respeito que transcreve.

32. Prossegue afirmando que, uma vez que o ágio verificado no investimento havia sido efetivamente pactuado e pago entre partes independentes tendo sido apurado, registrado e comprovado de maneira apropriada não havia motivos que pudessem impedir que a Impugnante se utilizasse deste incentivo fiscal previsto na legislação tributária pertinente. Desse modo, não havia razão para que a Impugnante evitasse o aproveitamento deste benefício que inegavelmente beneficiaria sua joint venture no setor do Açúcar e Alcool como um todo. E mais, que optar pela proibição da operação de incorporação seria equivalente a obrigar a Impugnante, o Grupo Cargill e a própria Canagrill (acionista minoritária), a seguirem o caminho mais oneroso dentre dois possíveis. Esse tema já foi amplamente debatido perante o C. CARF, tendo sido a posição dominante aquela que entende pela inexistência de qualquer norma no ordenamento pátrio que obrigue contribuintes a adotarem sempre condutas que impliquem o maior recolhimento de tributos (salvo quando o caminho menos oneroso se dá por meio da realização de condutas ilícitas o que não é o caso dos presentes autos). Assim, podese concluir que os contribuintes são livres para adotar a estrutura que melhor lhes aprover, podendo sim, portanto, adotar posturas que resultem em uma redução da carga tributária sofrida, ainda mais quando esta redução decorre de uma conduta desejada pelo Estado e consagrada como um incentivo fiscal.

33. Socorre-se de jurisprudência administrativa para sustentar que são improcedentes os argumentos utilizados pela autoridade fiscal.

34. Noutro tópico ataca a legislação tributária atinente ao ágio e seu distanciamento das regras contábeis, bem como defende a validade da chamada incorporação às avessas, sustentando que não se faz relevante ao direito tributário se o aproveitamento do ágio na “incorporação reversa” faz ou não sentido do ponto de vista da ciência contábil, o fato é que o aproveitamento deste nestas operações está previsto no artigo 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Alega que o tratamento dado pela legislação tributária ao ágio é completamente distinto daquele dado pela legislação contábil, não sendo, portanto factível a utilização de conceitos e conclusões tidas no âmbito da contabilidade para determinar a validade do cumprimento estrito que deu à legislação tributária. Transcreve doutrina e acrescenta que a própria CVM, por meio das Notas Explicativas à Instrução nº 349/2001, reconhece a distinção entre o tratamento que deve ser dado ao ágio registrado nos lançamentos contábeis e aquele previsto pela legislação tributária.

35. Volta a sustentar que o CARF já reconheceu a licitude das incorporações às avessas, não havendo nenhum impedimento legal que impeça sua realização, razão

pela qual não devem prevalecer as argumentações do fisco.

36. Defende a validade do laudo de avaliação que fundamenta o ágio em análise, tendo em vista que o mesmo cumpre ao disposto no §3º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, que somente exige um simples demonstrativo para fundamentar o ágio apurado em rentabilidade futura.

37. Defende a inaplicabilidade das regras de IRPJ para a apuração da CSLL, conforme já analisou o CARF, razão pela qual merece ser anulada a exigência da contribuição.

38. Ataca a inaplicabilidade dos juros sobre a multa de ofício, por falta de respaldo legal e transcreve manifestação do CARF sobre o assunto.

39. Ao final, requer:

a) seja a presente Impugnação acolhida e julgada procedente, para que seja reconhecida a nulidade do auto de infração, tendo em vista haver decaído o direito do Fisco de questionar, por meio da realização de juízo de valor, fatos que surtiram efeitos tributários plenos no anocalendarário de 2007, não sendo mais possível questionar o ágio contabilizado e amortizado em tal período o que, inevitavelmente, impede que sejam questionados seus efeitos futuros ou;

b) se não se acatar a decadência acima mencionada, não poderá prevalecer a exigência, já que pautada em meros conceitos contábeis em confronto a normas fiscais que disciplinam a amortização tributária do ágio. Isso sem contar serem estas normas tributárias claros incentivos fiscais que induzem a conduta/resultados dos contribuintes, não sendo possível, como fez o auto em tela, questionar a validade de operações cujo resultado foi e continua sendo esperado pelo Estado quando da concessão do incentivo em questão (impulsionar o crescimento econômico nacional) ou;

c) ainda que se mantenha a discussão no campo da substância e propósito comercial das operações/eventos realizados, também não merecerá manutenção do lançamento, haja vista que pauta sua análise em apuração isolada/individualizada de cada evento, sem levar em consideração o conjunto/contexto das operações que geraram e permitiram a amortização tributária do ágio em questão, onde se vislumbra (i) a intenção do Grupo Cargill de entrar no setor do Açúcar e Alcool por meio de investimento do formato de joint venture e (ii) proteger o direito de seus parceiros (acionistas minoritários) no referido projeto, evitando ações que pudessem ser caracterizadas como abuso do direito de controle, e ainda;

d) requer que sejam afastadas (i) a aplicação das regras atinentes a eventual indedutibilidade do IRPJ, na remota hipótese dos argumentos anteriores não prevalecerem, à CSLL, e (ii) da aplicação de juros sobre a multa de ofício, já que em complete dissonância com os preceitos legais que disciplinam a matéria.”

Na sequência, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba** (E-fl. 701 ss.) proferiu decisão, por unanimidade de votos, afastando a preliminar de decadência e julgando procedente a impugnação para cancelar o crédito tributário exigido, sob a seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2008, 31/12/2009, 31/12/2010

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. PRECLUSÃO/DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

A obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário por meio do lançamento surge apenas com a ocorrência do fato gerador, ou seja, no caso em tela, a cada dedução indevida das despesas de amortização de ágio. Antes das amortizações não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio ou a sua transferência para a

contribuinte, pois tais fatos não tinham, até então, reflexos fiscais, pois não representavam fatos geradores de obrigações tributárias. Alegação de preclusão/decadência rejeitada.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PREMISSAS.

As premissas básicas para amortização de ágio, com fulcro nos art. 7º, inciso III, e 8º da Lei 9.532 de 1997, são: i) o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; iii) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura.

Cumprida essas premissas, cancela-se a glosa.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado”

A Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, porém, julgando o recurso de ofício, reverteu tal decisão por voto de qualidade, como revela a ementa do **Acórdão n. 1301-002.052** (E-fls. 1107 ss.):

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009, 2010, 2011

Ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONDIÇÃO. INOBSERVÂNCIA. A amortização de ágio, nos termos da autorização trazida pelo inciso III do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, impõe que a pessoa jurídica beneficiária observe as condições previstas na legislação de regência. No caso vertente, ainda que se abstraíam fatos relacionados às operações que deram causa ao sobrepreço, resta fora de dúvida de que a apresentação da demonstração a que alude o parágrafo 3º do art. 20 do DecretoLei nº 1.598/77, com data posterior à aquisição da participação societária foi efetuada, revela evidente violação à condição explicitada na norma referenciada, tornando indutível a despesa apropriada no resultado.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio incorrido na aquisição de participação societária não pode ser transferido por meio de aumento de capital.

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

PROCEDÊNCIA.

A incidência de juros de mora com base na taxa selic sobre a multa de ofício lançada encontra lastro na legislação de regência.”

Em face do referido acórdão, a contribuinte interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 1137 ss.) trazendo como temas divergentes, com os respectivos paradigmas, a (i) possibilidade de transferência de ágio registrado em operações realizadas entre partes independentes/não relacionadas (acórdãos n. 1201-001.364 e 1102-000.982); (ii) regularidade do Laudo (acórdão n.1201-001.438); (iii) dedutibilidade das despesas de amortização de ágio da base de cálculo da CSLL (acórdão n. 9101-002.310); (iv) aplicação de juros sobre multa, conforme artigos 161 do Código Tributário Nacional e 61 da Lei nº 9.430/96 (acórdão n. 9101-000.722).

Ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional foi dado seguimentos por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 1333 ss.) que compreendeu demonstrada as divergências quanto a todas as matérias indicadas.

Por fim, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 1340 ss.), também combatendo os quatros pontos apresentados pela contribuinte em seu recurso.

Passa-se, então, à sua apreciação.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora.

Conhecimento do Recurso Especial

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que divirjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, (1) na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (i) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (ii) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil); (iii) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF; ou (2) de sua interposição, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente.

No caso concreto, entendendo-se preenchidos tais requisitos, nos termos do despacho de admissibilidade, **vota-se por CONHECER o Recurso Especial.**

Mérito

Coerentemente com a análise de conhecimento procedida, devolve-se a este colegiado o julgamento da possibilidade de transferência de ágio registrado em operações realizadas entre partes independentes ou não relacionadas, regularidade do laudo de avaliação, dedutibilidade das despesas de amortização de ágio da base de cálculo da CSLL, bem como incidência de juros sobre a multa de ofício, temas sobre os quais se passará a manifestar na sequência, pontualmente.

I. Transferência do ágio à pessoa jurídica não relacionada

A primeira matéria então devolvida à julgamento requer a definição da possibilidade de transferência do ágio registrado entre partes independentes ou não relacionadas mediante a subscrição de aumento de capital integralizado com a conferência das ações adquiridas com ágio.

Isso porque, decidiu-se no acórdão recorrido que, para fins de aplicação dos artigos 7º. e 8º. da Lei n. 9.532/97, o dever de segregação do custo de aquisição, na avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido seria de quem nele incorreu e o direito à amortização do ágio segregado não seria deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

Ocorre que esses dispositivos trazem as seguintes exigências:

“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) (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.”

Da leitura desses enunciados que regulam a figura do ágio, não se observa restrição legal ou contábil à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado, mas substancialmente infere-se da legislação vigente que a origem do ágio seja legítima, com independência das partes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, dentre outros.

Igualmente, não se identifica determinação para que a mencionada confusão patrimonial que autorizar a amortização do ágio ocorra com relação ao suposto investidor original; requer-se o investimento adquirido com ágio, a ser deduzido quando da confusão patrimonial por sua detentora ou pela própria investida no caso de incorporação reversa ou às avessas.

Assim, pensa-se que a manutenção do crédito exigido deveria estar pautada na ilegitimidade do ágio em questão, no lugar da impossibilidade de sua transferência, mas não se entende haver consistentes demonstrações de que a operação não teria ocorrido entre partes relacionadas, sem efetiva contraprestação em moeda ou com vícios capazes de infirmar a sua validade, ao contrário, o Termo de Encerramento da Fiscalização registra que:

“É incontestável que o §6º do art. 386 do RIR/99 está dirigido para casos em que uma empresa adquire participação societária com ágio.

Posteriormente, o adquirente é incorporado pelo adquirido. Seria o caso de após a Cargill Agrícola ter adquirido a CEVASA, viesse a ser incorporado por ele. Veja que não há qualquer malabarismo. O ágio foi pago, vindo ser tornado um custo do investimento, que se equipara a uma despesa incorrida. Dessa forma, o disposto legal normatiza a dedutibilidade na apuração do resultado.”

Com relação aos motivos da operação haver sido realizada nos termos em que se sucederam, esclarece a contribuinte em seu recurso especial:

“Em 2006, o Grupo Cargill ingressou no segmento de “Açúcar e Alcool” no Brasil mediante a aquisição de 62,88% de participação do capital social da Recorrente, antes detida pelo Sr. Maurílio Biagi Filho (parte totalmente desvinculada do Grupo Cargill).

A aquisição de participação do capital social restou comprovada nos autos durante a fase de fiscalização, quando a Recorrente apresentou o contrato de compra e venda que deu suporte à referida operação, os comprovantes de pagamento do preço avençado e o laudo de avaliação do valor justo de mercado da Recorrente, que justificou a fundamentação econômica do ágio pago (expectativa futura de rentabilidade da Recorrente).

Como veiculado na mídia da época, o Grupo Cargill optou por estruturar a

aquisição do controle da Recorrente no modelo “joint venture” (ou empreendimento conjunto), mantendo os vendedores como parceiros minoritários no negócio recémadquirido.

Em outras palavras, com esta estrutura o Grupo Cargill buscou manter como seus sócios parceiros produtores de cana-de-açúcar altamente especializados (e.g. a Canagril Cana Agrícola Ltda. – “Canagril”), os quais iriam abastecer a Recorrente com os insumos necessários para a ampliação de sua produção.

Como constatado pela D. Fiscalização, o pagamento em dinheiro pela aquisição do controle acionário da Recorrente feito pela Cargill Agrícola para o Sr. Maurílio Biagi Filho se deu em 05 parcelas, que se tornaram devidas conforme a ocorrência dos eventos discriminados na cláusula 2.2. do contrato de compra e venda da participação societária.

A D. Fiscalização resumiu bem as parcelas pagas pela aquisição do investimento na Recorrente (fls. 5 do Termo de Encerramento da Fiscalização):

‘Na realidade foram pagos R\$25.988.238,29 em 12/06/2006, R\$79.893.257,81 em 11/09/2006, R\$14.236.695,03 em 11/06/2007 e finalmente R\$15.438.481,56 em 11/06/2008, totalizando R\$135.556.672,69 conforme recibos (...)’ (destacou-se)

Verifica-se, assim, que apesar de o contrato de aquisição do investimento na Recorrente ter sido celebrado em 08.06.2006, a dívida assumida pela Cargill Agrícola relativamente ao pagamento a prazo do preço de aquisição se extinguiu somente dois anos depois, na metade do ano de 2008, mais especificamente no mês de junho.

Dentro do contexto da parceria firmada com seus acionistas minoritários (joint venture) e em razão da forma parcelada pactuada para pagamento do preço pela aquisição do controle da Recorrente, a Cargill Agrícola optou por, logo na sequência da aquisição, transferir o referido controle para a empresa Cargill Holding e, ato contínuo, para a empresa Cargill Simoni, de modo que a dívida ainda pendente de pagamento remanescesse com a Cargill Agrícola, mas o investimento fosse segregado desta.

Nesse passo, diga-se que as “empresas veículo” questionadas (Cargill Holding e Cargill Simoni), como bem destacado pela própria D. Fiscalização, foram constituídas no ano de 2005, antes mesmo que se iniciassem as negociações efetivas com o Sr. Maurílio Biagi Filho para aquisição do investimento na Recorrente.

Em 12.11.2007, mais de um ano depois da aquisição do investimento, a Recorrente incorporou a Cargill Simoni.

Como mencionado acima, por se tratar de empreendimento em formato joint venture para aproveitar a experiência e a posição de mercado dos antigos donos da Recorrente, que se continuaram na empresa como sócios minoritários, o Grupo Cargill não tinha como objetivo adotar estruturas que pudessem prejudicar seus novos parceiros.

Caso tivesse ocorrido incorporação direta da Recorrente pela Cargill Agrícola ou caso a Recorrente tivesse incorporado Cargill Agrícola, como quer o v. acórdão recorrido, inevitavelmente os sócios minoritários da Recorrente teriam sido prejudicados.

Isso porque a incorporação da Recorrente, na qual os parceiros eram sócios minoritários, pela Cargill Agrícola, que assumiu a dívida de pagar de forma parcelada o preço pela aquisição do controle da Recorrente, ou vice-versa implicaria imputar uma parte desta dívida para os parceiros.

Caso a Cargill Agrícola incorporasse a Recorrente, os sócios minoritários da Recorrente passariam a ser sócios minoritários da Cargill Agrícola, em cujo patrimônio estava a dívida contraída em razão da aquisição do controle da Recorrente.

Neste cenário, indubitavelmente os resultados auferidos pelos sócios minoritários seriam prejudicados pelo passivo contraído pela Cargill Agrícola, que não lhes dizia respeito.

De outra forma, caso a Recorrente incorporasse a Cargill Agrícola, a dívida contraída em razão da aquisição do controle da Recorrente seria vertida ao patrimônio da própria Recorrente. Também neste cenário, indubitavelmente os resultados auferidos pelos sócios minoritários seriam prejudicados pelo passivo contraído pela Cargill Agrícola, que não lhes dizia respeito.

De fato, se a participação na Recorrente não fosse primeiro transferida, eventual futura incorporação entre a Recorrente e a Cargill Agrícola seria passível de questionamento pela quotista minoritária (Canagril), uma vez que tal incorporação permitiria que a dívida da compra e venda ainda existente na Cargill Agrícola acabasse sendo por ela “herdada” ou “assumida” parcialmente pela Recorrente e, indiretamente, pela Canagril.

Conforme prevê o art. 15 da Instrução CVM 319, a incorporação direta que resulta no compartilhamento de dívida da controladora contraída para aquisição do controle caracterizaria “abuso do poder de controle” e poderia ser questionada:

“Art. 15 - Sem prejuízo de outras disposições legais ou regulamentares, são hipóteses de exercício abusivo do poder de controle: (...)

II - a assunção, pela companhia, como sucessora legal, de forma direta ou indireta, de endividamento associado à aquisição de seu próprio controle, ou de qualquer outra espécie de dívida contraída no interesse exclusivo do controlador;”

Assim, visando não apenas evitar possíveis questionamentos, mas principalmente não prejudicar os novos parceiros, o Grupo Cargill adotou os passos referidos nos itens 25.1 e 25.2 acima para transferir o investimento e o respectivo ágio para a Cargill Holding e, de forma subsequente, para a Cargill Simoni.

Como se vê, a intenção do Grupo Cargill era e sempre a de preservar e proteger o interesse de seus parceiros minoritários no negócio que marcou sua entrada no

setor sucroalcooleiro no Brasil, evitando assim que estes pudessem ser prejudicados de qualquer forma ou mesmo que questionassem as estruturas implementadas, o que inevitavelmente ocorreria caso se tivesse adotado a “sugestão” de incorporação direta do v. acórdão recorrido.

Ainda, importante frisar que, como a Cargill Agrícola possuía empreendimentos em diversos ramos de negócios e diferentes setores da economia agrícola brasileira, e sendo a Recorrente seu primeiro investimento no setor de açúcar e álcool, a transferência deste investimento para a Cargill Holding e para a Cargill Simoni visou também à necessária separação entre a Recorrente e os demais empreendimentos agrícolas mantidos pelo Grupo Cargill no País, permitindo um melhor gerenciamento até que o Grupo adquirisse a “expertise” necessária no ramo sucroalcooleiro.

Em casos similares que envolvem o investimento de um grande grupo econômico em um ramo de negócio específico, este C. CARF reconhece propósito negocial de estruturas que visam à segregação de investimentos conforme o setor econômico ou ramo negocial a que se referem.

Também se reconhecer propósito negocial deste tipo de estrutura no acórdão 1201-00.548:

“Infração 002. Amortização indevida de ágio. Não ocorrência. Operação de aproveitamento de ágio regular, como previsão de rentabilidade future fundada em laudo produzida por empresa de auditoria independente, fulcrada apenas no aspecto monetário (valor em caixa), e não em ativos.

Operação que se originou na cisão de postos de combustíveis da BR Distribuidora e possuía propósito comercial e negocial específico pela empresa autuada, qual seja entrar no mercado de distribuição de combustíveis. Troca de ativos envolvendo empresas distintas (Petrobrás e Repsol). Utilização de empresa veículo, não ocorrência em razão do propósito negocial e comercial que envolveram a operação (existência de justificativa que não para economizar tributos). Falha no trabalho fiscal quando imputou todo o ágio aproveitado como de fundo de comércio.” (grifou-se)

Dessa forma, a simples necessidade de segregação das atividades da Recorrente, já indica, por si só, a existência de propósito negocial para transferir o ágio para empresas holding em vez de incorporar diretamente a Recorrente na adquirente originária.

Em suma, a transferência do investimento na Recorrente da Cargill Agrícola para a Cargill Holding e depois para a Cargill Simoni, não pode ser entendida como óbice para a amortização fiscal do ágio ora discutido, porque a própria D. Fiscalização entende que referido ágio já era no momento da aquisição do controle da Recorrente pela Cargill Agrícola e também porque houve evidente propósito negocial na transferência do ágio (proteção aos minoritários em razão da dívida contraída para aquisição e segregação de negócios por ramo de atuação).”

Assim sendo, adota-se também as razões do acórdão n. 9101-002.892 sobre o tema da transferência do ágio, as quais já acompanhei em julgamento neste colegiado, produzidas em voto da Conselheira Cristiane Silva Costa:

“Diante disso, tratarei no presente voto da possibilidade de surgimento de ágio com a utilização de holding de investimento, denominada informalmente de "empresa veículo".

O lançamento tributário e o acórdão recorrido tratam da interpretação dos artigos artigo 7º e 8º, da Lei nº 9.532/1997. Lembro o teor do artigo 7º, da Lei nº 9.532/1997:

(...)

E a previsão do artigo 8º, da Lei nº 9.532/1997, *verbis*:

(...)

Em comentários aos citados dispositivos legais, Marcos Vinicius Neder e Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira tratam da possibilidade de holding e incorporação reversa, sem prejuízo do reconhecimento do ágio dedutível:

A Lei nº 9.532/1997 expressamente veio a permitir a dedução do ágio, no caso da "incorporação reversa", algo que não estava claro na legislação anterior. Ou seja, o ágio passou a ser dedutível também no momento em que a investida incorpora a investidora. Trata-se, claramente, da incorporação da investidora direta. Essa permissão expressa que autoriza deduzir o ágio na "incorporação reversa" teve como objetivo estimular o interesse da iniciativa privada na aquisição de participação societária em empresas públicas em fase de privatização. (...)"

A Lei não proibiu o aproveitamento do ágio no caso de incorporação de empresas holdings, constituídas pelos controladores indiretos com o propósito de adquirir, consolidar e gerir a participação na empresa investida. Não apenas isso não foi proibido como foi expressamente autorizado, na medida em que a Lei permitiu a dedução do ágio no caso da incorporação reversa pela empresa investida na empresa que nela detém a participação acionária e estimulou os processos de privatização (...)

A norma tributária, ao conceder o incentivo tributário de aproveitamento do ágio na Lei 9.532/1997, não fez restrição ao uso de holdings, muito pelo contrário as incentivou, como comentamos anteriormente, inclusive ao permitir a dedução do ágio na incorporação reversa. Assim, a mera existência da Instrução CVM 349/2001, que dispõe sobre o tratamento contábil do ágio na incorporação reversa de holdings em

empresas de capital aberto, e a existência dos procedimentos contábeis nela sugeridos não afetam em nada a possibilidade de dedução do ágio na incorporação reversa da holding. (...)

A Lei não restringiu a apuração ou a dedução fiscal de ágio quando a empresa incorporada, adquirente do investimento, fosse empresa pura de holding, ou quando a empresa tivesse recebido recursos de seu sócio ou acionista em aumento de capital, ou ainda quando tivesse recebido a participação acionária em subscrição de ações de sua emissão. Logo, o tratamento de todas essas hipóteses, quando da incorporação reversa da holding Y, é alcançado, de forma equivalente, pela Lei" (Análise do Tratamento Contábil e Fiscal do Ágio em Estrutura de Aquisição ou Titularidade de Sociedades quanto há a Interposição de Holding, in Controvérsias Jurídico-Contábeis, 4ª Volume, São Paulo, Dialética, 2013, fls. 161, 162 e 179).

Destaco ainda voto vencido do acórdão recorrido, apresentado pelo ex-Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior:

Considerando o detalhamento dos fatos e do direito feito por meio do relatório, principalmente quanto à diagramação das operações societárias ocorridas permito-me ir direto ao ponto nevrálgico que permeou o presente lançamento, qual seja, a utilização de operações societárias sucessivas que culminaram na passagem de ágio anteriormente constituído na empresa ACCOR Participações S/A (ACOPART) para a autuada, com sua consequente amortização fiscal.

Digo isto, pois, como evidenciado, restou incontroversa e, portanto, impassível de questionamento, a origem e a formação dos ágios objeto de transferência para a Recorrente. Os mesmos pautaram-se em aquisições feitas pela Cia Sinal de participações em 1999 (ágio na aquisição do investimento na Sinal Participações) e em 2006 (ágio na aquisição dos investimentos nas empresas "Cia Sinal" e "Sinal" junto aos grupos Brascan e Espírito Santo, respectivamente), dispensando-se assim maiores comentários acerca de sua procedência. Sustenta a Recorrente, que o intuito da reorganização societária ocorrida dentro do grupo ACCOR, que envolveu a criação da SOBRASER, visou segregar ativos relacionados a suas atividades financeiras e não-financeiras, considerando a futura intenção do grupo à época em transformá-la uma sociedade de crédito, investimento e financiamento (instituição financeira), que apesar de não levado a cabo após a reestruturação ocorrida, por alegadas questões conjunturais de ordem legislativo-tributária e econômica, foi objeto de amplo estudo interno conforme denota prospecto anexado aos autos (fls 2773 a 2898).

Por outro lado, o fisco ataca as sucessivas operações societárias ocorridas internamente no grupo ACCOR após a incorporação pela ACOPART das adquiridas “Cia Sinal” e “Sinal Participações” (detentoras de investimento na atuada), principalmente a criação e efemeridade da empresa SOBRASER Participações Ltda, para a qual foi vertido por meio de cisão o investimento na Recorrente e os ágios anteriormente constituídos.

Em suma, a acusação que paira sobre a Recorrente (itens 5.2.3 e 6 do TVF, fls 2059 a 2065) foi de ter constituído empresa sem efetiva finalidade empresarial (exercício de atividade econômica, representada pela produção de bens e/ou serviços) em desrespeito a preceitos do Código Civil (arts 966, 981 e 982) para tão somente transferir o ágio da ACOPART a atuada, possibilitando nela sua amortização fiscal. Seria um clássico exemplo de ocorrência da alcunhada “empresa veículo”, tão combatida em vários julgados deste colegiado.

Segundo o fisco não haveria causa econômica além da economia fiscal para a criação da SOBRASER em 19.04.07 por representantes legais da ACCOR Participações S/A e pela própria ACOPART, que teria sido utilizada apenas como artifício para a dedutibilidade na atuada do ágio pago pelas aquisições efetuadas pela ACOPART no ano anterior, tanto que em um período de 10 dias (entre 10.08.2007 e 20.08.2007) teria recebido parte do acervo patrimonial da ACOPART relativo ao investimento na atuada, bem como o ágio oriundo de operações com terceiro s, e sido incorporada por sua própria investia (a Recorrente) de forma reversa.

A DRJ corrobora o entendimento da autoridade lançadora, concluindo que apenas um contrato social regular e um CNPJ não significam a existência de uma sociedade empresária.

*Enaltece que o uso de uma empresa veículo como a SOBRASER em sua acepção corriqueira em dissonância aos ditames do Código Civil para a mera transferência artificial do ágio, representa o alardeado **abuso de direito**.*

A Recorrente por sua vez, destaca que o grupo ACCOR poderia ter alcançado o mesmo resultado de outras formas, qual seja de amortização do ágio na atuada, inclusive de forma direta sem a criação da ACOBRASPART e da SOBRASER, uma vez que a partir da incorporação da “Cia Sinal” e da “Sinal” em 21.05.2007 a ACOPART já faria jus a sua dedução, bastando, por exemplo, apenas incorporar a atuada para que o benefício fiscal em debate pudesse ser gozado legitimamente no âmbito de suas atividades. Só não o fez por uma série de entraves burocráticos que decorreriam da extinção do CNPJ da atuada junto a órgãos públicos,

fornecedores (incluindo credenciados) e clientes, bem como organizacionais, no âmbito do grupo ACCOR.

Em suma, sustenta que a SOBRASER foi uma sociedade de propósito específico, para a qual não eram necessários empregados, nem a realização de outros negócios desconectados de sua razão de existir, não sendo necessário que tivesse longa existência. (...)

Tenho acompanhado nesta casa as mais variadas discussões acerca do direito a amortização fiscal de ágio lastreado em rentabilidade futura previsto nos arts 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 (regulamentado pelo art. 386,III do RIR/99), que surgiu à sua época como forma de incentivo às privatizações.

Já foram trazidos a julgamento inúmeros debates acerca da legitimidade de sua formação, inclusive pela utilização de empresas veículo, análise das partes envolvidas (ágio de si mesmo), questionamento acerca de sua forma de pagamento (incorporação de ações), contendas sobre os critérios dos laudos de avaliação que o suportam, e como no presente no caso a análise de litígios que envolvem o uso de sucessivas operações societárias visando implementar seu aproveitamento.

Pois bem. Particularmente entendo que deve ser reprimida a utilização de reorganizações societárias para fins de amortizações fiscais de ágio quando o resultado delas provenientes propicia de forma simulada a obtenção de resultados que não seriam lícitos pelas vias normais e diretas, sem a aplicação de métodos heterodoxos.

Todavia, no presente caso enxergo que o direito a amortização do ágio fiscal no CNPJ da autuada, não necessitaria da estrutura utilizada pelo grupo ACCOR e atacada pela fiscalização, podendo realmente ser obtido de forma direta, uma vez que com a incorporação das “Cia Sinal” e da “Sinal” a ACOPART teria o legítimo de direito de amortizar o ágio pago nestas aquisições, inclusive aquele já carregado pela Cia Sinal.

Neste cenário, bastaria apenas incorporar a autuada, o que seria plenamente possível, de forma a proceder a amortização fiscal do ágio no âmbito das atividades operacionais da TICKET.

O resultado obtido pela reorganização societária engendrada teve o mesmo efeito do cenário ortodoxo acima descrito.

Não vejo como usar o verbo simular para operação em que o resultado obtido é o mesmo independente das vias eleitas para sua obtenção.

A mim resta muito claro, que os motivos que levaram a criação da ACOBRASPART e principalmente da SOBRASER tiveram nítido intuito organizacional e não sonegatório como tentar fazer crer a fiscalização.

Os indícios apontados pela autoridade fiscal e o suposto desrespeito a dispositivos do Código Civil quanto a uma suposta falta de propósito negocial e econômico da SOBRASER somente perfariam prova contra a Recorrente, se por meio da reorganização realizada o resultado obtido fosse defeso pelas vias ordinárias. Não é o que ocorre.

Nesta ordem de considerações, filio-me à corrente jurisprudencial deste pretório e ao entendimento dos pareceristas que assessoram a Recorrente no sentido de que o uso de roupagem jurídica diferenciada, mas que não interfere no resultado obtido é um direito disponível e acessível ao contribuinte, sem que tal exercício possa ser oposto pelas autoridades fiscais, sob pena de ingerência na atividade econômica do contribuinte.

Peço vênia inclusive, para a transcrição de outras possíveis operações societária elencadas pela Recorrente que levariam ao mesmo fim obtido, sem ofensa a legislação instituidora do guereado benefício fiscal. (...)

A norma legal prevê a possibilidade de transferência de ágio entre empresas na ocorrência de fusão, cisão e incorporação. Assim, o patrimônio da empresa sucedida passa para o patrimônio da sucessora, representado pelos bens, direitos e obrigações. No caso da existência de ágio no patrimônio da empresa sucedida, será o mesmo transferido para o patrimônio da sucessora. (...)

Para mim ficou meridianamente claro que a ACOBRASPART e a SOBRASER foram criadas para evitar contratempos organizacionais e burocráticos que seriam enfrentados pela autuada, caso fosse incorporada diretamente pela ACOPART e não para redução ilícita da carga tributária, posto que tal empresa já fazia jus a dedução fiscal do ágio em razão das incorporações da “Cia Sinal” e da “Sinal”, bastando somente, como destacado, incorporar a autuada para que os efeitos fiscais da amortização também se irradiassem para suas atividades.

Adoto as razões do voto vencido, acima colacionado, para confirmar a **legitimidade do ágio** tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigos 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

O artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 teve redação alterada nos anos de 2007 (Lei nº 11.638/2007) e 2008 (Medida Provisória nº 449/2008). Como tratamos nos autos de fatos ocorridos entre 2007 a 2010 reproduzo a seguir a redação vigente do dispositivo legal em cada um dos anos calendários.

No ano-calendário de 2007, a redação do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 era a seguinte:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

No ano de 2008 e seguintes, aplica-se a redação conferida pela Medida Provisória nº 449/2008, publicada em 03 de dezembro daquele ano e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

- a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;
- b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;
- c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º Para efeito de determinar a relevância do investimento, nos casos deste artigo, serão computados como parte do custo de aquisição os saldos de créditos da companhia contra as coligadas e controladas.

§ 2º A sociedade coligada, sempre que solicitada pela companhia, deverá elaborar e fornecer o balanço ou balancete de verificação previsto no número I.

De toda sorte, respeitadas as condições tratadas pelo dispositivo da Lei nº 6.404/1976, desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

O artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos tratados nestes autos (anos de 2006 a 2008), regulando o desdobramento do custo de aquisição em ágio por rentabilidade futura:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Consta do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) reprodução da disposição legal em seu artigo 385, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio efetuada pela Recorrida - em operações societárias descritas no relatório deste acórdão -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original", ao contrário do que entendeu a nobre prolatora de voto vencedor no acórdão recorrido. A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

Tenho manifestado neste Colegiado a minha posição sobre a dispensabilidade de confusão patrimonial (fundada pelos artigos 7º e 8º, acima citados) entre investidora original e investida original, na medida em que a legislação não atribui interpretação restritiva nesse sentido. Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, um vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal ou contábil à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

Diante disso, voto por **conhecer e dar provimento ao recurso especial do contribuinte**, adotando razões de decidir do voto vencido acima reproduzido.”

Nesse mesmo sentido, não vejo vedação legal à transferência do ágio, uma vez configurada a legitimidade de sua formação.

II. *Inexistência de previsão legal quanto ao prazo do laudo de avaliação*

Um segundo motivo apresentado pelo acórdão recorrido para a manutenção das exigências refere-se ao afastamento do laudo de avaliação como prova do fundamento econômico do ágio sob a justificativa de haver sido emitido posteriormente ao momento da operação, precisamente, três meses depois – salientando-se não haver questionamento quanto ao seu conteúdo.

Com efeito, o regramento jurídico vigente à época dos fatos analisados, além de não estabelecer uma forma específica de prova de tal fundamento, tampouco fixou prazo para a elaboração da demonstração a ser arquivada pelo contribuinte como prova da

escrituração do ágio, como se pode observar da redação que possuía o artigo 20, parágrafo 3º., do Decreto-Lei n. 1.598/77, transcrita a seguir:

“Art. 20. (...)

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

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

§ 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. (...)”

Ainda que se entenda que se possa laborar interpretação no sentido de que, fazendo uma integração com o *caput* do dispositivo, esse arquivamento deveria ocorrer no lançamento do ágio, previsão específica nesse sentido veio somente e justamente com a mudança de redação procedida no texto do dispositivo pela Lei n. 12.973/2014, que passou expressamente a exigir a elaboração específica de laudo por perito independente como meio de prova e determinando a forma e o prazo para a sua elaboração. Leia-se:

“Art. 20.

(...) § 3º. 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)

(...)”

Pensa-se, assim, que ainda que se queira buscar dar uma interpretação no sentido de que haveria um momento determinado para a apresentação da prova – relembrando-se a ausência de obrigação de elaboração do laudo especificamente –, muito mais forte é a circunstância de que o legislador viu a necessidade de prever o meio de prova e suas condições formais e temporais de apresentação, o que não é possível ver como explicitação de uma regra já existente, mas sim, e portanto, como uma nova norma que se quiss inserir no ordenamento, que como tal não se aplica a fatos anteriores.

Não fosse suficiente – e inclusive impeditiva da exigência em questão – a ausência de previsão legal da elaboração do laudo de avaliação e do momento da apresentação da prova, observa-se que mesmo a redação atual do dispositivo não exige que o laudo esteja concluído no instante do fechamento da operação de aquisição do investimento com ágio, mas estabelece um prazo de 13 meses a contar da data da aquisição da participação societária.

Isso demonstra não haver razão que sustente a razoabilidade da

manutenção do crédito tributário, nos presentes autos, por motivo da conclusão do laudo de avaliação três meses depois da operação. E assim o é, não só pela busca na nova lei de um parâmetro para demarcação de um prazo – para o que se reitera não haver previsão legal –, como também pelo motivo que se acredita respaldar o esatabelcimento pelo legislador de um intervalo que não fosse tão ínfimo como imaginado pelo acórdão recorrido.

E assim o é justamente em função da dinâmica negocial que envolve inúmeras tratativas, determinação de valores e complexas providências com o fechamento da operação, de modo que a conclusão específica do laudo que não ocorra exatamente antes do fechamento da operação não representa, a meu ver, continua-se podendo dizer contemporâneo aos atos societários, sobretudo porque um documento como esse não é produzido instantaneamente, de modo que um laudo concluído três meses depois, provavelmente já vinha sendo produzido com mais antecedência.

Afinal, muito embora o laudo deva possuir confiabilidade suficiente a credenciá-lo como meio de prova do fundamento econômico do ágio a fim de sustentar a sua quantificação, fato é que a valoração é algo que possui aspecto de subjetividade e podem ocorrer variações inclusive após a sua conclusão, daí porque entendo também não ser determinante o seu arquivamento antes do fechamento da operação.

Registra-se que, no caso concreto, sustenta a contribuinte que “a própria D. Fiscalização reconhece, o laudo de avaliação econômica da Recorrente apresentado nos autos foi elaborado por empresa conceituada no mercado, tendo como data-base o dia 31.05.2006, data anterior àquela em que foi concretizada efetivamente a aquisição pela Cargill Agrícola do investimento na Recorrente (que ocorreu em 08.06.2006).”

Indo-se além, ainda que assim não fosse, se o objetivo do laudo é a demonstração do fundamento econômico do ágio, também não vejo problema em ser produzido posteriormente à operação, desde que avalie a situação que o justificou ao tempo e considerando-se às circunstâncias que formavam o contexto da negociação. Me parece, aliás, que essa é a formação de laudos de diferentes natureza, inclusive. Não vejo que seja ele que definirá, necessariamente, o valor do negócio, mas a convenção entre as partes.

Nesse sentido exposto, concorda-se com a orientação seguida pelo acórdão n. 1202-001.438, apresentado como paradigma, no qual se analisava um laudo apresentado seis meses depois, do que se retira o seguinte trecho:

“O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas. Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que

além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo. Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente, no entanto, se referindo a comprovação da “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” (inciso II) e de forma alguma fazendo menção à comprovação do ágio (no presente artigo elencado no inciso III).

Desta forma o prazo que estipula referido artigo, do ‘(...) último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.’ Para apresentação do laudo, não se aplica à apresentação de demonstrativo que comprove o ágio por expectativa de rentabilidade futura.’ (...)

Superando a questão, segue passagem do acórdão nº 1101-000.899 (Sessão de 11/06/2013): (...)

Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação. (...) E, no presente caso, o laudo apresentado pela contribuinte toma por referência o faturamento da empresa adquirida contemporâneo à aquisição, e

aponta o retorno dos investimentos suplementares em 2,9 anos (35 meses) (fl. 302). Ou seja, se considerada a rentabilidade future pelo prazo de 5 anos, seria possível um pagamento maior que o efetuado.

(Acórdão nº 1201-001.438 – 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Rel. Luís Fabiano Alves Penteado – Sessão de 07 de junho de 2016 – Grifos nossos – Doc. 03)”

Por fim, em reforço ao que colocado, vê-se que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba assim julgou a questão no presente processo:

“O Laudo de Avaliação Econômico-Financeira e Caracterização de Ágio na Compra da CEVASA, doc. fls. 73. tem como data base 31/05/2006 e foi elaborado pela empresa Century Business Consultantes Ltda, com base na projeção do fluxo de caixa. Portanto, a projeção está correta à medida em que espelhou a situação da CEVASA à época e que foi efetuada a negociação das quotas. O fato de constar do laudo a data de 01/09/2006, também não constitui empecilho à medida em que pode representar o marco em que a versão final foi apresentada à interessada (Cargil Agrícola). Ainda com relação à data que consta do documento observe-se que à fl.79 a empresa que preparou o Laudo assim se manifestou: ‘As projeções foram feitas baseadas em Reais a preços de maio de 2006, data base do trabalho, de forma que o fluxo de caixa não é afetado pela inflação’ (...)

III.2.b. O objetivo do trabalho efetuado pela empresa Century à fl. 79 demonstra que ‘foi o de efetuar a avaliação econômico-financeira da empresa Central Energética Vale do Sapucaí – CEVASA com a finalidade de caracterizar o ágio na aquisição da empresa’. Ou seja, o presente instrumento preenche os requisitos do §3º do artigo 20 do Decreto Lei nº 1.598, de 1977, razão pela qual entendo que o mesmo não pode ser afastado sem que seja apresentada uma razão muito forte para isso.”

Por essas razões, entende-se que a conclusão do laudo de avaliação três meses depois do fechamento da operação, mas a ela se referindo, não pode servir de justificativa para a manutenção da autuação.

III. Possibilidade de exclusão na base de cálculo da CSLL

A terceira matéria devolvida a julgamento refere-se à inexistência de previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL das parcelas correspondentes à amortização do ágio, diferentemente do que se decidiu no acórdão recorrido no sentido de se aplicar à contribuição as regras de apuração do IRPJ que determinam a sua adição ao lucro real.

A esse respeito, considera-se que a indedutibilidade de uma despesa na apuração da base de cálculo da CSLL não submete-se exclusivamente ao argumento de que seria indedutível na determinação do lucro real, mas requer previsão legal nesse sentido.

Além disso, a amortização contábil do ágio impacta a redução do lucro líquido do exercício, afetando a apuração da contribuição, ao menos que houvesse previsão expressa no sentido de determinar a adição dos valores, e não se exigindo norma autorizativa da referida dedução.

Cita-se, com essa orientação, voto desta turma em julgamento realizado em 03 de maio de 2016, do que resultou o acórdão n. 9101-002.310, cuja ementa e voto vencedor se reproduz a seguir:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL
Ano calendário:

2004, 2005, 2006, 2007

CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE.

A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício.

Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO.
INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA.

A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo. Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Recurso Especial do Contribuinte conhecido por unanimidade de votos e, no mérito, dado provimento por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo (Relatora), Marcos Aurélio Pereira Valadão, André Mendes Moura e Carlos Alberto Freitas Barreto. Designado para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Helio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado).

(Assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO Presidente

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES RÊGO Relatora

(Assinado digitalmente)

HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO Redator

Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, LUÍS FLÁVIO NETO, ADRIANA GOMES REGO, HÉLIO EDUARDO DE PAIVA ARAÚJO (Suplente Convocado), ANDRÉ MENDES DE MOURA, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, NATHALIA CORREIA POMPEU, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ e CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.”

“Conselheiro Helio Eduardo de Paiva Araújo, Redator Designado

Em que pese o brilhante posicionamento da Ilustre Conselheira Relatora Dra Adriana Gomes Rêgo, data máxima vênia, dele ousou divergir no que tange a existência (ou não) de base legal para que se proceda com a adição ao lucro líquido de eventual parcela de amortização de ágio que tenha sido lançado na contabilidade da empresa.

No entendimento da Relatora, não se trata nestes autos da hipótese de absorção da participação em controlada ou coligada em virtude de incorporação, fusão ou cisão, de que trata a Lei nº 9.532/1997 em seus arts. 7º e 8º), mas de participação mantida na investidora.

A discussão, então, para Relatora, cingese à possibilidade de uma pessoa jurídica que tem um investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial adquirido com ágio, poder deduzir da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização desse ágio.

Pois bem.

Pelo que se depreende dos autos, e especialmente pelo que está expressamente descrito no auto de infração, a autoridade fiscal, bem como a Ilustre Relatora, entenderam que a adição que o contribuinte efetuou para fins de apuração do lucro real, mas não efetuou para fins de CSLL, correspondia a ajuste por diminuição do valor do investimento avaliado pelo MEP, e promoveu a adição indicando como fundamento legal o art. 2º, § 1º, alínea “c”, da Lei n 7.689/99.

Se essa fosse a verdade dos fatos, inquestionável seria a adição feita de ofício. Contudo, as cópias do LALUR apresentadas à fiscalização indicam que o valor

adicionado ao lucro líquido para a apuração do lucro real (e não adicionado para fins de apuração da base de cálculo da CSLL), se refere à amortização do ágio decorrente de participação societária na empresa, nada tendo a ver com o MEP. Ou seja, o que se está aqui a tratar, não é de elementos fáticos probatórios, mas tão somente da existência ou não de base para que o Fisco, ao exigir a adição de despesas com amortização para fins da apuração do Lucro Real, assim também o faça/exija para a CSLL.

Não vislumbro qualquer diferença entre o ágio não incentivado ou aquela da Lei 9.532/97, pois a questão aqui não se trata de avaliar se aquele benefício (dedutibilidade do ágio nos casos de fusão, cisão ou incorporação) alcançariam a CSLL.

Não é este o tema do litígio travado nestes autos.

O ponto aqui é discutir se a despesa com ágio (incentivado ou não, ou seja, ágio amparado ou não pelos termos da Lei 9.532/97), deve ser adicionada à base de cálculo da CSLL.

Cumpramos ressaltar que, outro poderia ser o meu entendimento, caso o fundamento legal da autuação tivesse se dado com base na desconsideração da despesa com ágio (glosa), nos termos do art. 299 do RIR/99, o que também não é o caso dos presentes.

A questão, portanto, como aqui se verifica, não se refere a considerações probatórias relativas a meras comprovações de despesas, mas sim, exclusivamente, de adequada compreensão do regramento legal especificamente aplicável à matéria.

Pois bem.

No que se refere à análise dos contornos próprios da definição da base de cálculo da CSLL, essencial se verifica a análise das expressas disposições do art. 2º da Lei 7.689/88, que, ao instituí-la, assim especificamente destacou:

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

§ 1 Para efeito do disposto neste artigo:

(...)

c) O resultado do período base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n 8.034 de 1990)

1 adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

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

3 adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

4 exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

5 exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei n 8.034, de 1990)

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

As disposições contidas no caput do Art. 57 da Lei 8.981/95, por sua vez, visando estabelecer os específicos e particulares contornos aplicáveis a esta Contribuição, especificamente destacou:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei n 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei n 9.065, de 1995)

Ora, conforme se verifica da leitura dessas disposições – ao contrário do que afirma a decisão de primeira instância, o mencionado art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL, mas preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo, da forma como realizado pelas disposições até então vigentes, mantendo, assim, as normas contidas na mencionada Lei 7.689/88, nos termos ali então especificamente apontados.

A partir dessas considerações, verificase que, conforme destacado das disposições do art. 2º, parágrafo 1º, alínea ‘c’ da Lei 7.689/88, ali expressamente se faz referência aos específicos ajustes (exclusões e adições) a serem aplicados ao resultado do período base, apurado a partir da aplicação das expressas disposições da legislação comercial, distinguindo a composição da base de cálculo da Contribuição em questão, assim, às regras próprias da legislação do Imposto sobre a Renda.

Assim, para admitirse como valida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, fazes essencial, no caso, a existência de legislação especificamente a ela relacionada, sem a qual, estarseia admitindo a possibilidade de interpretação ampliativa de normas restritivas de direito, o que, definitivamente, não tem qualquer cabimento em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha, fixando o ponto de partida do nosso pensamento sobre a matéria, as regras de dedutibilidade de despesas que sejam aplicáveis na apuração do lucro real, não podem ser estendidas, sem a necessária préexistência de previsão legal, à apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Fixada essa premissa necessária, relevante destacar, ainda, que a amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Nessa linha, portanto, penso que o que se deve exigir e verificar não é a previsão legal expressa para que seja admitida a dedução do ágio iniludivelmente pago, mas sim a inexistência de vedação para essa operacionalização, o que, no caso, efetivamente é o que se verifica em relação à CSLL.

A matéria aqui apresentada já foi objeto de específico enfrentamento nesta 1ª Turma Ordinária, especificamente nos autos do PAF 16682.720281/201017, tendo como relator o Conselheiro Valmir Sandri, o qual ora acompanho, especificamente quando afirma:

“Inicialmente, registro, com a devida vênia, ser equivocado o entendimento manifestado na decisão recorrida, quanto ao alcance do art. 57 da Lei n 8.981, de 1995.

Tal dispositivo preceitua que se aplicam à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por

aquela Lei. Logo, regras de dedutibilidade de despesas que, por expressa disposição legal, sejam aplicáveis na apuração do lucro real não podem ser estendidas, sem previsão legal, à apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

A norma legal disciplinadora da apuração da base de cálculo da CSLL, vigente à época do fato gerador, dispõe:

Lei n 7.689/88

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

§1º Para efeito do disposto neste artigo:

(...)

c) o resultado do período base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

1 adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

2 adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período base cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período base;

(Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

3 adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

4 exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n 8.034, de 1990)

5 exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita, (Incluído pela Lei n 8.034, de 1990)

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

(...)

Pelo que se depreende dos autos, e especialmente pelo que está expressamente descrito no auto de infração, a autoridade fiscal entendeu que a adição que o contribuinte efetuou para fins de apuração do lucro real, mas não efetuou para fins de CSLL, correspondia a ajuste por diminuição do valor do investimento avaliado pelo MEP, e promoveu a adição indicando como fundamento legal o art. 2º, § 1º, alínea “c”, da Lei n 7.689/99.

Pois bem.

Se essa fosse a verdade dos fatos, inquestionável seria a adição feita de ofício.

Contudo, as cópias do LALUR apresentadas à fiscalização indicam que o valor adicionado ao lucro líquido para a apuração do lucro real (e não adicionado para fins de apuração da base de cálculo da CSLL), se refere à amortização do ágio decorrente de participação societária na empresa (...).

A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício.

Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

Na linha desse entendimento, inclusive, destacamse precedentes desta Corte Administrativa, que, sob esse específico foco, assim inclusive já se manifestaram, destacandose, apenas a título de exemplificação, o seguinte e específico aresto:

Número do Processo: 18471.000003/200585

Contribuinte: VALEPAR S/A

Tipo do Recurso: Recurso Voluntário / Recurso de Ofício

Data da Sessão: 06/12/2006

Relator(a): Márcio Machado Caldeira

N Acórdão:10322.749

Decisão: Por maioria, DAR provimento ao recurso voluntário para acolher a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao anocalendarário de 1999 e, em consequência, não tomar conhecimento do recurso ex officio em relação ao anocalendarário de 1999, vencido o conselheiro Cândido Rodrigues Neuber que não a acolheu e, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ex officio para restabelecer a exigência fiscal relativa ao anocalendarário de 2001 referente à CSLL constante na DIPJ porém não inclusa na DCTF.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL – DECADÊNCIA

Tratandose de tributo sujeito a lançamento por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é a data do respectivo fato gerador, decaindo o direito da Fazenda Nacional de efetuar o lançamento após o prazo de cinco anos, na forma do disposto no parágrafo 4 do artigo 150 do CTN.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial.

Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

LANÇAMENTO – ERRO FORMAL – ANOCALENDÁRIO DE 2001.

Atendendo o lançamento os requisitos legais, descrevendo a infração com perfeita identificação dos valores efetivamente levados à tributação e com o devido enquadramento legal, não há irregularidade formal que possa ensejar o seu cancelamento.

JUROS DE MORA – CRÉDITO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais. (Súmula 1 C.C. nº 4).

JUROS DE MORA TAXA SELIC.

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Sumula 1 C.C. nº 5) Preliminar acolhida, recurso de ofício parcialmente provido. (Publicado no D.O.U. n 230 de 30/11/2007).

Desta forma, entendo que não há base legal para se proceder com a adição das despesas de amortização de ágio, haja vista a ausência de fundamento legal para tanto.

Isto posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial para afastar a necessidade de adição à base de cálculo da CSLL das despesas com amortização de ágio. Uma vez afastada a exação principal, por decorrência lógica, afastamse também as multas, sejam aquelas lançadas de ofício, bem como as lançadas isoladamente, ainda que estas últimas tenham sido lançadas concomitantemente com as primeiras, de tal forma que se exonera todo o crédito

tributário lançado.
Sala de Sessões, 03 de maio de 2016.
(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo Redator
Designado”

Nesse sentido, independentemente do posicionamento que se tenha quanto às questões tratadas nos tópicos anteriores, entende-se que devam ser desconstituídos os créditos relativos à CSLL.

IV. A não incidência de juros sobre a multa

Alcançando o último tópico do presente voto, passa-se à manifestação sobre a incidência de juros sobre a multa.

Inicialmente, se compreende que o artigo 161, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional concede autorização para que lei ordinária imponha juros sob taxa com percentual diverso da regra geral de 1% ao mês, como se observa de seu texto:

*“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.
§ 1o Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”*

Registra-se, primeiramente, que se compreende que a expressão crédito tributário se refira ao objeto da relação jurídica o qual concede um direito de recebimento por parte do Estado, englobando tanto aqueles valores correspondentes aos tributos, como decorrentes da aplicação de penalidades pelo seu não pagamento, em conformidade com a forma que se lê o artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Ocorre que, no mencionado artigo 161, não se consegue dar essa alcance ao termo “crédito” como utilizado pelo legislador para alcançar as multas, porque a redação, após mencionar que este pode ser acrescido de juros se não integralmente pago no vencimento, faz a ressalva: *sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*.

Neste caso, seria ilógico se compreender, portanto, que as multas então estariam compreendidas na expressão crédito, de modo que a interpretação possível que se consegue alcançar a partir deste enunciado é a de que, muito embora ele autorize a imposição de juros, e num patamar diverso de 1% caso haja previsão legal específica, não alcança as penalidades aplicadas em função do não pagamento integral no vencimento.

A partir dessa norma geral, compreende-se que se deve entender legítima a fixação de seus índices próprios pela legislação federal e que a leitura das demais regras que envolvem o tema deve ser feita dentro dessa moldura que estabeleceu, como sói ocorrer com artigo 61 da Lei n. 9.430/96:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. [\(Vide Decreto nº 7.212, de 2010\)](#)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), 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. [\(Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998\)](#) [\(Vide Lei nº 9.716, de 1998\)](#)”

O que, num momento inicial, poderia indicar duas interpretações possíveis, no sentido de a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” abarcar tão somente estes ou também as multas a eles relacionadas, parece restar reduzida apenas à primeira leitura, justamente em face do alcance permitido pela regra geral do artigo 161 do Código Tributário Nacional que não engloba as penalidades.

Portanto, por falta de autorização legal do artigo 161 do Código Tributário Nacional, muito embora a legislação federal possa impor suas penalidades pelo não recolhimento de tributos (leia-se, impostos e contribuições) e possa fixar seus próprios índices de correção dos valores, como a Taxa Selic, não há autorização para determinar a incidência de juros sobre a multa de ofício, quando exigida juntamente àquele pagamento.

Por essas razões, **vota-se por DAR PROVIMENTO aos recurso da contribuinte**, desconsituindo-se o crédito tributário ora exigido.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancioso voto da I. Relatora, manifesto-me no sentido de abrir divergência quanto ao mérito.

As matérias devolvidas foram:

- a) Possibilidade de transferência de ágio registrado em operações realizadas entre partes independentes/não relacionadas;
- b) Regularidade do Laudo de Avaliação;
- c) Dedutibilidade das despesas de amortização de ágio da base de cálculo da CSLL;
- d) Aplicação de juros sobre multa, conforme artigos 161 do Código Tributário Nacional e 61 da Lei nº 9.430/96.

Os itens (a) e (b), por estarem no contexto da matéria amortização de despesa de ágio, serão tratados em conjunto no **tópico I** do presente voto. O item (c) será tratado no **tópico II** e o item (d) no **tópico III**.

Passo ao exame.

I - Despesa de Amortização de Ágio.

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Interessante é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No **primeiro evento**, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

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

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

(...)

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

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

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

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

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da

legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 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 nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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 nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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 nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 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) (Vigência)

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) (Vigência)

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) (Vigência)

§ 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) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse

avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão ².

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997 ³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem 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.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER ⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista ⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que

⁵ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

descharacterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou deságio. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio

líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁶.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).** E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: **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.**

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida**.

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *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*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveitasse da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**.

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o conseqüente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o conseqüente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por conseqüência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial**.

8. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Em breve síntese, trata-se da alienação da participação da CEVASA (investimento, a Contribuinte) para a CARGILL S/A (adquirente), com sobrepreço.

Em 08/06/2006, 11 horas, a Contribuinte foi utilizada para aumentar o capital social da CARGILL HOLDING. Na sequência, no mesmo dia 08/06/2006, às 13 horas, o mesmo investimento foi utilizado para aumento de capital da CARGILL SIMONI. Assim, a CARGILL S/A controlava diretamente a CARGILL HOLDING, que controlada diretamente a CARGILL SIMONI, que controlada diretamente a CEVASA. Ao final, em 12/11/2007, a CARGILL SIMONI foi incorporada pela CEVASA, que passo a amortizar o ágio⁹.

⁹ Vide voto da decisão recorrida:

Em conformidade com o Termo de Encerramento de fls. 891/909, o ágio em discussão tem origem, resumidamente, na aquisição, por parte da empresa CARGILL AGRÍCOLA S/A, de 62% da COMPANHIA

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

A pessoa jurídica **investidora** é o CARGILL S/A que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da CEVASA, Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. O fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado para a CARGILL HOLDING, e para a CARGILL SIMONI, **não confere à CARGILL SIMONI a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi a CARGILL S/A a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do presente tópico).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a Contribuinte.

O evento de incorporação deu-se entre a CARGILL SIMONI e a Contribuinte. Ou seja, não estava presente a pessoa jurídica **investidora**, a CARGILL S/A.

Observa-se, portanto, que a utilização das empresas CARGILL HOLDING, e para a CARGILL SIMONI tornam impossível a concretização da hipótese de incidência da norma.

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Assim, deve-se negar provimento em relação à matéria "possibilidade de transferência de ágio registrado em operações realizadas entre partes independentes/não relacionadas".

Enfim, torna-se prescindível apreciar a matéria "regularidade do Laudo de Avaliação". Isso porque, como a hipótese de incidência da norma não foi concretizada, impossibilitando o aproveitamento da despesa, o fato de o laudo de avaliação que deu origem ao pretenso sobrepreço ser aceito ou não é irrelevante. A legitimidade e precisão do laudo de avaliação só seria apreciada **caso** ocorresse, de fato, a comunicação patrimonial entre investidor e investimento (o que não se presenciou nos presentes autos). Aí sim, em um passo seguinte, haveria que se avaliar se o sobrepreço do investimento estaria devidamente amparado em demonstração (laudo de avaliação). Como não se consumou a hipótese de incidência prevista no *caput* do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, a questão relativa ao laudo de avaliação tornou-se irrelevante.

ENERGÉTICA VALE DO SAPUCAÍ LTDA (CEVASA a AUTUADA). Tal investimento foi, em momento posterior, utilizado para aumentar o capital da pessoa jurídica CARGILL HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA, que, por sua vez, também o utilizou para aumento de capital da pessoa jurídica CARGILL SIMONI. Por fim, a CARGILL SIMONI foi incorporada pela CEVASA (incorporação às avessas), que passou a amortizar o ágio. A CARGILL HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA e a CARGILL SIMONI foram constituídas em 10/10/2005, tendo como sócio principal a CARGILL AGRÍCOLA.

Nesse contexto, resta consumada a insuficiência recursal para a matéria "Regularidade do Laudo de Avaliação", vez que sua resolução não tem nenhuma repercussão no resultado do presente julgamento.

Portanto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial em relação às matérias relacionadas com a despesa de amortização de ágio.

II. Repercussão das regras de IRPJ, atinentes á dedutibilidade de despesa de amortização de ágio, para a CSLL.

Sobre o assunto, vale iniciar dizendo que toda a construção empreendida pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, encontra-se em consonância com a edição no ano anterior (1976) da Lei nº 6.404 ("lei das S/A"), no qual se buscou modernizar os conceitos de contabilização de investimentos decorrentes de participações societárias, inclusive com a adoção do método de equivalência patrimonial (MEP).

Foram tratados três momentos cruciais para o investidor, nascimento, desenvolvimento e fim do investimento, respectivamente delineados: (1) o da aquisição do investimento, normatizando-se a figura do "ágio", que consiste no sobrepreço pago na aquisição, e (2) o momento em que o investimento gera frutos para o investidor, ou seja, a empresa adquirida gera lucros; e (3) e desfazimento do investimento.

Em relação ao segundo momento (desenvolvimento do investimento), a interpretação integrada dos dois diplomas normativos consolidou a construção de sistema no qual os resultados de investimentos em participações societárias pudessem ser devidamente refletidos no investidor, por meio do MEP, e ao mesmo tempo, não fossem objeto de bitributação. Isso porque, em se considerando estritamente os lançamentos contábeis, os resultados da investida seriam refletidos no investidor, fazendo com que tanto na investida quando no investidor fossem apuradas receitas operacionais que, em tese, integrariam o lucro líquido e a base de cálculo tributável. Por isso, determinou-se que o investidor poderia efetuar ajuste, no sentido de excluir da base de cálculo tributável os resultados positivos auferidos pela investida.

É o que prescreve o art. 22 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, quando determina o procedimento a ser adotado pelo investidor ao final de cada exercício: *o valor do investimento na data do balanço (...), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento*. Caso tenha apurado resultado positivo, lançamento a débito na conta de investimento e a crédito em conta de resultado (receitas de equivalência patrimonial), com repercussão na base tributável.

Tal repercussão é neutralizada logo no artigo seguinte (art. 23), ao predicar que *a contrapartida do ajuste por aumento do valor de patrimônio líquido do investimento não será computada no lucro real (...)*. Assim, o crédito em conta de resultado seria excluído na apuração do lucro real.

Com a criação da CSLL, a Lei nº 7.689, de 1988, discorreu sobre ajuste na base de cálculo para fins fiscais, e determinou pela *exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido* (art. 2º, § 1º, alínea "c", item 1).

Restou, nesse momento, nítida, clara e transparente, a **convergência** entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, no que concerne às operações decorrentes de participações societárias e os correspondentes resultados auferidos.

A preocupação do legislador em compatibilizar a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante a operacionalização de ajustes no lucro líquido, é evidente.

Portanto, não há nenhum sentido entender que, para as operações societárias relativas ao primeiro momento (aquisição do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), poder-se-ia aplicar um entendimento diferente daquele relativo ao segundo momento (desenvolvimento do investimento).

Em relação ao terceiro momento (desfazimento do investimento), predica a norma que na alienação do investimento, o valor do ágio deverá ser considerado, na apuração da base de cálculo tributável (art. 25 e 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977).

E, **em conexão indissociável** com o segundo momento (desenvolvimento do investimento) e o terceiro momento (desfazimento do investimento), o primeiro momento (nascimento do investimento) trata da aquisição do investimento que, se for realizada com sobrepreço, implica na contabilização desse valor a maior em conta específica. É o que diz o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ao determinar nos incisos I e II que o custo de aquisição deveria ser desdobrado em (I) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (II) ágio ou deságio na aquisição. Por isso que, apesar da disposição no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, ser no sentido de que as contrapartidas da amortização do ágio não seriam computadas na determinação do lucro real, não há nenhum sentido em se considerar que tal ajuste não se aplica para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL.

Cumprir registrar que o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, foi editado em época em que não existia a CSLL, só poderia ser aplicado para o imposto de renda, por isso a ausência da menção à contribuição social na norma. Então, a contabilização do ágio, na aquisição do investimento, só poderia surtir efeitos para fins de apuração do IRPJ. Para a CSLL, sequer existiria ágio na aquisição do investimento. Por consequência, não haveria de se falar na amortização do sobrepreço pago.

E, admitindo-se que a redação do art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, teria deixado grande margem de discricionariedade, e que a amortização poderia ser efetuada sem nenhum critério, é fato incontestável que tal cenário alterou-se completamente com a edição da edição Lei nº 9.532, de 1997.

Com o novel diploma, restou claro que a amortização do ágio **não se daria sem qualquer critério**. Os arts. 7º e 8º discorrem, não por acaso, que *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, poderá* amortizar o valor do ágio no prazo mínimo de sessenta meses. E no que concerne ao deságio a determinação é ainda mais incisiva, vez que o comando é que a empresa **deverá** amortizar o valor do deságio.

Resta evidente, portanto, a convergência entre as bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

Enfim, apreciando-se a situação sobre a perspectiva de que o ágio, além de se submeter a requisitos específicos (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997), também deve enfrentar com requisitos gerais (art. 299 do RIR/99), a conclusão é a mesma.

Isso porque a despesa do ágio submetida ao **regramento geral das despesas** disposto no art. 47, da Lei nº 4.506, de 1964, base legal para o art. 299 do RIR/99:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe:

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

(...)

A interpretação dada ao dispositivo pelo Conselheiro Marcos Pereira Valadão, no Acórdão nº 9101-002.396, é didática e esclarecedora:

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto. Com efeito, se o texto diz que para uma determinada situação deve se aplicar "A" independentemente de "B", é porque "B" também é aplicável àquela mesma situação.

Nessa perspectiva, as regras de dedutibilidade de despesas previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, aplicam-se tanto ao IRPJ quanto à CSLL.

A redação do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe claramente sobre hipóteses de despesas indedutíveis **tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, incluindo expressamente as situações** previstas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964.

Sendo a despesa de amortização de ágio submetida ao regramento geral das despesas operacionais, não há que se falar em ausência de previsão normativa para a sua adição à Base de Cálculo da CSLL.

No mesmo contexto, encontra-se a redação do art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, mencionada pela autoridade fiscal:

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

Pela expressão **normas de apuração** entende-se o cômputo do *quantum* tributável, o procedimento consistente em determinar a base de cálculo do tributo, mediante operações de soma e diminuição de valores. Ou seja, precisamente a discussão dos presentes autos. Pelo dispositivo, resta mais evidente a repercussão dos ajustes efetuados na apuração da base de cálculo do IRPJ para a CSLL.

Assim, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte em relação à matéria.

III. Juros sobre Multa.

Sobre o assunto, juros de mora sobre multa de ofício, vale transcrever, inicialmente, o artigo 113, do CTN, que predica que o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de **tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (grifei)*

§ 2º (...)

Por sua vez, o crédito tributário decorre da obrigação principal, conforme o artigo 139 do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

A penalidade pecuniária tem base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, materializada na multa de ofício aplicada sobre o tributo.

E, como se pode observar a penalidade pecuniária, decorrente da infração, compõe a obrigação tributária principal e, por conseguinte, **integra o crédito tributário**.

Por sua vez, o CTN, ao discorrer sobre o pagamento, informa que devem incidir **juros** sobre o **crédito** tributário não integralmente adimplido no vencimento, *verbis*:

*Art. 161. O **crédito** não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifei)*

§ 1º (...)

E a correção estipulada pelo mencionado art. 161, a partir da Lei nº 9.065, de 1995, segue a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, questão já pacificada pela Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Verifica-se, assim que **tanto tributo quanto a multa de ofício estão sujeitos à atualização prevista no art. 161 do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC.**

Portanto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso da Contribuinte em relação à matéria.

IV. Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura