



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	16561.720199/2013-01
ACÓRDÃO	9101-007.073 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	6 de agosto de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO CONTRIBUINTE
RECORRENTE	UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

ÁGIO INTERNO - NÃO DEDUTIBILIDADE

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao Recurso Especial, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli (relator), Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca, que votaram por dar provimento. Votou pelas conclusões do voto vencido a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Redator designado

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo dos Santos Pereira Júnior, Jandir Jose Dalle Lucca (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial (fls. 3.319/3.363) interposto pela contribuinte em face do Acórdão nº **1302-006.061** (fls. 3.231/3.252), o qual julgou improcedente o recurso voluntário com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2009

PRELIMINAR DE NULIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Considera-se válida a decisão recorrida que, não ultrapassando os fundamentos jurídicos que motivaram a autuação, acrescenta elementos de convicção como reforço de argumentação. Violação à ampla defesa não caracterizada.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. AFASTAMENTO.

Deve ser afastada preliminar de decadência nos casos abrangidos pela súmula nº 116 do CARF: Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

APROVEITAMENTO DE ÁGIO DECORRENTE DE CISÃO DE EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

Conforme diversos precedentes do CARF, não cabe o aproveitamento de ágio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, quando a operação de aquisição entre as empresas ocorreu entre sociedades do mesmo grupo econômico.

Intimada dessa decisão, o sujeito passivo opôs embargos de declaração (fls. 3.264/3.271) que foram rejeitados (fls. 3.294/3.310).

Em seguida interpôs o recurso especial, o qual foi admitido parcialmente, nos seguintes termos (fls. 3.604/3.617):

[...]

Do objeto do recurso especial

Seguem abaixo as duas matérias arguidas como divergentes pela Recorrente em seu recurso especial:

- 1) Amortização fiscal de ágio gerado em transação entre partes relacionadas;
- 2) Decadência do direito de contestar a amortização do ágio após o prazo de 05 (cinco) anos da operação que lhe deu origem.

Passa-se à análise das arguições de divergência em relação a cada uma das matérias:

1) Amortização fiscal de ágio gerado em transação entre partes relacionadas

Em relação a esta **primeira matéria**, indicou-se como paradigmas, o acórdão nº 1301-001.297(1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção) e o acórdão nº 9101-006.358 (1ª Turma da CSRF) que constam do sítio do CARF e até a data da interposição do recurso não foram reformados.

[...]

Em relação a ambos os paradigmas, a Recorrente **logrou êxito em demonstrar a divergência**.

A similitude fática entre eles é atestada pelo fato de todos os casos terem lidado com ágio tido como artificial, gerado internamente por empresas de um mesmo grupo econômico, mediante utilização de empresa veículo, com a realização de operações meramente contábeis (aquisição de ações mediante entrega de outras ações) e sem circulação de riqueza, mas chegaram a conclusões opostas.

Nesse cenário, a divergência é comprovada porque o principal fundamento para glosa foi o fato de o ágio ter sido originado em transações entre partes relacionadas (antes da edição da Medida Provisória nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014), e ambos os paradigmas atestam expressamente que situação não representa impedimento legal ao aproveitamento fiscal do ágio.

[...]

Outrossim, complementando o acima disposto, pressupostos relevantes abraçados pelo recorrido para fins de caracterizar a legalidade da geração do ágio, tais como ausência de sacrifício econômico do grupo, estruturas societárias dentro do mesmo grupo econômico foram ultrapassadas pelo referido paradigma.

O escopo jurídico do 1º paradigma é bastante abrangente, na medida em que constou a seguinte ressalva:

somente assistiria razão à autoridade fiscal [na glosa do ágio interno, esclareço] se ela comprovasse que efetivamente os valores envolvidos não mereceriam fé. Porém, nesse ponto, haveria a necessidade de questionar o laudo e seus critérios de avaliação, o que, de fato, não aconteceu no curso da fiscalização

O escopo do 2º paradigma também é bastante assemelhado ao do 1º paradigma:

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

(...)

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

Por outro lado, para deixar claro que o escopo da discussão do acórdão recorrido limitou-se ao ágio interno, não havendo qualquer questionamento a respeito de precificação do ágio por meio do laudo e seus critérios de avaliação, seguem abaixo trechos relevantes do julgado combatido:

Em primeiro lugar, não há dúvida de que por trás do aproveitamento do ágio ocorreu uma complexa operação de fusões, cisões e incorporações empresariais que não se ativeram apenas ao Brasil, parecendo ter ocorrido em várias partes do mundo por se tratar de empresa multilateral. Em segundo lugar, **é incontroverso que a incorporação de empresa que ensejou a formação do ágio ocorreu entre empresas do mesmo grupo**, o que é confirmado pela recorrente nas explicações oferecidas na impugnação e no recurso voluntário. Em terceiro lugar, **não se discute a qualidade e nem o valor do ágio apurado pela empresa, de modo que os valores glosados são igualmente incontroversos.**

Assim, a **controvérsia se restringe**, conforme anunciado no início desta seção, se é possível ou não, juridicamente, **aproveitar-se valor de ágio surgido com a aquisição de empresa do mesmo grupo**, o que corresponde à diferença entre a rentabilidade futura que a empresa adquirida poderia gerar e o seu patrimônio líquido no momento da compra.

No caso dos autos, apenas para relembrar, todas as partes envolvidas nas incorporações e cisões pertencem jurídica e economicamente ao mesmo grupo Unilever que, no Brasil, operava há anos com a Unilever Brasil (UBR), fabricante de produtos de higiene. Com a aquisição da empresa BestFoods nos anos 2000, a

Unilever entrou para o segmento de alimentos industrializados, formando-se a empresa Unilever Alimentos (UBA).

Para além disso tudo, no caso específico do primeiro paradigma, esta 1ª Turma da CSRF tem reiteradamente aceitado o mesmo para fins de comprovar a divergência relacionada a situação de ágio interno. sendo um desses julgados, Ac. nº: 9101-006.462,02 de fevereiro de 2023, da Relatoria do I. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira, que foi assim ementado:

[...]

Seguem, por fim, outras decisões desta 1ª Turma, admitindo o referido paradigma para a matéria relacionada diretamente à ágio interno:

- Ac. nº 9101-004.750 4 de fevereiro de 2020 (Relator: André Mendes de Moura);
- Ac. nº 9101-006.373, 9 de novembro de 2022 (Relatora: Livia De Carli Germano);
- Ac. n 9101-006.464, 2 de fevereiro de 2023 (Alexandre Evaristo Pinto).

Pelo exposto, proponho que esta matéria **seja admitida** por meio dos dois paradigmas apresentados.

[...]

CONCLUSÃO:

Ante ao exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho seja **DADO SEGUIMENTO PARCIAL** em relação apenas à primeira matéria (“1- Amortização fiscal de ágio gerado em transação entre partes relacionadas”);

E NEGAR SEGUIMENTO à segunda matéria: “2) Decadência do direito de contestar a amortização do ágio após o prazo de 05 (cinco) anos da operação que lhe deu origem”.

Chamada a se manifestar, a PGFN apenas se deu por ciente (fls. 3.626).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator

Conhecimento

O recurso especial é tempestivo e atendeu os demais requisitos de admissibilidade, não havendo, inclusive, questionamento pela parte recorrida quanto ao seu seguimento.

Tendo isso em vista, por concordar com o juízo prévio de admissibilidade e apoiado no permissivo previsto no §1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99¹, conheço do presente recurso com base nas razões expostas no despacho de fls. 3.604/3.617.

Mérito

A controvérsia diz respeito à possibilidade ou não de amortização de despesas de ágios gerados entre partes relacionadas, o dito *ágio interno*, antes da alteração promovida pela Lei nº 12.973/14.

Segundo o acórdão recorrido:

[...]. O fundamento central adotado pelo TVF para a autuação é que o art. 385 do RIR de 1999, na esteira dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 c/c art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, não autorizariam o aproveitamento de ágio entre empresas coligadas por ausência de fundamento econômico. De acordo com o TVF, faltou o requisito da mais valia a permitir o aproveitamento do ágio no caso concreto, porque a UBR, quando adquiriu cotas da UBI (antiga UBA), pertencia ao mesmo grupo empresarial. Assim, quando foi feita a cisão parcial da UBI e o aproveitamento do ágio que havia sido escriturado contabilmente pela UBR não teria existido fato econômico que legitimasse o citado aproveitamento, porque as empresas eram todas do mesmo grupo econômico. Para tanto, citou diversos precedentes do CARF que respaldariam esse entendimento.

[...]

[...]

... apenas para relembrar, todas as partes envolvidas nas incorporações e cisões pertencem jurídica e economicamente ao mesmo grupo Unilever que, no Brasil, operava há anos com a Unilever Brasil (UBR), fabricante de produtos de higiene. Com a aquisição da empresa BestFoods nos anos 2000, a Unilever entrou para o segmento de alimentos industrializados, formando-se a empresa Unilever Alimentos (UBA).

Conforme exposto pela autoridade fiscal, as empresas que controlavam a UBR e a UBA, que posteriormente passou a ser chamada de UBI, estavam localizadas na

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 1º - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Holanda, tendo sido regularmente constituídas em 2006, seguindo parâmetros legais daquele país.

Entre 2007 e 2008, a UBR adquiriu quotas da UBI das sócias estrangeiras BrazH3 BV, BrazH4 BV e BrazH5 BV, tornando-se a controladora da UBI. Desta maneira, foi iniciada a simplificação societária no Brasil.

Conforme ainda o TVF, o valor da transação foi o de mercado, em respeito às regras de preços de transferência, devidamente apurado por avaliação procedida por consultoria especializada na área de fusões e aquisições de empresas. Em virtude de a expectativa de lucratividade da UBI superar o valor do seu patrimônio líquido no momento da aquisição (goodwill), a UBR registrou em sua contabilidade o valor de ágio correspondente. Para fins tributários, o ágio foi amortizado a partir de um novo evento societário, que foi a cisão de parte da UBR, ocorrido em novembro de 2009.

A recorrente explicou que dessa operação foram devidamente registrados os ganhos de capital decorrentes das alienações das participações societárias detidas pelas empresas Holandesas (BrazH3 BV, BrazH4 BV e BrazH5 BV) na UBI, tendo havido a retenção do IRRF sobre tais ganhos por ocasião dos pagamentos realizados pela UBR às empresas holandesas. A retenção do IRRF demonstraria que o ágio apurado deveria ser amortizado como despesa da UBI depois do advento da cisão da UBR e transferência desse ativo para a UBI. Isso porque, se o valor de mercado da UBI era maior do que o seu patrimônio líquido, essa diferença à maior, paga para as sócias holandesas, gerou IRRF e, em contrapartida, o direito de amortização do ágio na investida UBI. A retenção de IRRF demonstra o propósito comercial de toda operação, descaracterizando qualquer planejamento tributário engendrado para diminuir o recolhimento de tributos.

A recorrente, em suas defesas, sustenta também que com a mudança do cenário mundial, houve a necessidade de criação de uma estrutura bipartida, com atividades delimitadas, em que uma empresa concentraria a atividade referente à cadeia de suprimentos (supply chain) e, na outra, restaria toda a força de venda e marketing. Dentro desse novo contexto, em 01/11/2009, a UBR passou a concentrar a atividade de distribuição, razão pela qual foi cindida, tendo sido parte do seu ativo transferido para a UBI, que passou centralizar a área industrial. Dentre os ativos transferidos estava o ágio gerado quando da aquisição das quotas da UBI pela UBR, ocorrida entre 01/11/2007 e 02/01/2008 a 18/02/2008.

Vê-se que toda essa operação ocorreu no âmbito (intra)empresarial, neologismo que se pode atribuir às fusões, cisões e incorporações entre empresas do mesmo grupo empresarial, controlado por uma empresa ou outro grupo de empresas. Em nenhum momento ficou demonstrado que se adquiriu empresa de outro grupo econômico. Muito pelo contrário, a própria recorrente reitera que as operações se deram dentro do grupo Unilever visando a adoção de estratégias empresariais que a tornariam mais eficiente.

Em 2007 e 2008, período em que a incorporação da empresa UBI pela UBR ocorreu (sendo ambas as empresas do mesmo grupo), estavam em vigor os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, com a seguinte redação:

[...]

Conforme se observa, à época, não existia definição clara se nesse tipo de fusões e aquisições de empresas (*Mergers and Acquisitions* – M&A) o aproveitamento desse tipo de ágio poderia ser lançado na base de cálculo do IRPJ e da CSLL como despesa dedutível. Em princípio, a literalidade do inciso III do art. 7º do dispositivo transcrito, autorizaria a empresa a amortizar o valor do ágio “nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão”. A alínea “b” do art. 8º da lei citada, permitiria o aproveitamento ágio, inclusive se “a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária”.

[...]

No caso do aproveitamento do ágio entre empresas do mesmo grupo, vê-se que inexistente um fundamento econômico que justifique a sua dedução como despesa da base de cálculo dos tributos em questão.

As despesas necessárias estão conceituadas no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, que dispõe sobre o imposto de renda. Veja-se:

[...]

Esse dispositivo é regulamentado pelo art. 299 do RIR de 1999, transcrito acima e, portanto, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, permitiu o aproveitamento do ágio nos resultados da empresa o que repercute na apuração do lucro real da entidade detentora do ágio. No entanto, para que constitua uma despesa dedutível, o ágio tem que guardar ressonância com o conceito de despesa. Daí por que, se o ágio foi pago por empresa do mesmo grupo isso não atende ao conceito de despesa que pressupõe o dispêndio de valores relacionados com a atividade da empresa e, logicamente, deverá ter como fundamento econômico a transferência de valores de um agente econômico para outro de fora do próprio grupo.

Sem pretender ingressar nas intenções da empresa ao realizar as diversas fusões e aquisições no âmbito do mesmo grupo econômico de empresas, o dado objetivo é que as transações de valores, se causaram perdas ou ganhos, tais foram suportados ou desfrutados pelo mesmo grupo de investidores e sócios. Assim, o ágio como um valor pago a mais ao que uma empresa valia no presente, no caso concreto, foi escriturado na contabilidade para atender as normas da contabilidade e de transparência do direito empresarial, mas não gerou uma repercussão econômica perante terceiros de fora do grupo econômico da recorrente para ser aproveitado conforme a finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Tanto seria necessário um fundamento econômico para o aproveitamento do ágio nos casos de aquisição de empresas por incorporações, fusões e cisões, que o art.

22 da Lei nº 12.973, de 2014, passou a impedir esse tipo de aproveitamento quando a operação se desse entre partes não dependentes. [...]

O art. 22 da Lei nº 12.973, de 2014 serviu para explicitar o sentido que sempre deveria ter sido dado aos arts. 7º, III da Lei nº 9.532, de 1997, ou seja, para o aproveitamento do ágio gerado naqueles tipos de aquisições empresariais, a operação deveria ocorrer entre partes “independentes”, leia-se: empresas de grupos ou sócios diferentes.

[...]

No caso das operações de ágio em que esteve presente o conceito de goodwill, a lei pretendeu assegurar ao investidor o aproveitamento do ágio na apuração do lucro real, pressupondo que o investidor realizou uma despesa que gerou receita para um terceiro. Assim, se este teve que levar essa receita aos seus resultados, por outro lado, a fonte pagadora teria o direito de adicionar essa despesa à apuração do lucro real. Assim, sobre este valor, enquanto uma fonte econômica paga tributo sobre o que acresceu ao seu lucro; a outra deduz como despesa, atingindo assim os objetivos de bem comum que toda norma jurídica, no final das contas, visa atender.

Ao se permitir o aproveitamento do ágio na determinação do lucro real entre empresas dependentes ou coligadas, esse objetivo não é atingido, pois a parte que lucrou com a venda da empresa por um valor maior do que o seu patrimônio líquido faz parte do mesmo grupo econômico que despendeu a despesa.

[...]

No mesmo sentido tem-se, dentre outros tantos, os seguintes Acórdãos da CSRF: 9101-002.804, j. 2017; 9101-003.371, j. 2018; 9101-003.222, j. 2017; 9101-003.254, j. 2017; 9101-003.972, j. 2019; 9101-002.468, j. 2016; 9101-003.077, j. 2017; 9101-002.303, j. 2016; 9101-002.960, j. 2017; 9101-003.395, j. 2018; 9101-002.312, j. 2016; 9101-002.469, j. 2016; 9101-004.278, j. 2019; 9101-003.964, j. 2019; 9101-002.422, j. 2016; 9101-003.399, j. 2018.

Diante do quadro exposto, com a devida vênia de entendimentos diversos, entendo não ser possível dar guarida ao recurso voluntário interposto pela recorrente.

[...]

Não concordo com esse racional. Senão, vejamos.

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

Com efeito, o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA) estabelece que os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição².

Do ponto de vista societário (LSA), então, o Legislador não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, determinando apenas quem está sujeito ao MEP.

O Legislador tributário, por seu turno, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77³ prescreveu que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas: **(a)** valor de patrimônio líquido na época da aquisição (patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação), e **(b)** ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Verifica-se, assim, que foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do *método de equivalência patrimonial* (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previu a norma tributária, à luz do § 2º do artigo 20, que:

§ 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.

Ressalte-se, ainda, que a legislação tributária originária não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, conseqüentemente, da *mais valia*) em função do seu

² Antes da LSA, o Decreto-Lei n. 2.627/1940, por meio do seu artigo 129, determinava a avaliação de todo tipo de investimento com base no custo de aquisição efetivo.

³ Artigo 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:
I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e
II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

fundamento econômico (*motivo do ágio*), conforme atestam os artigos 25, 31, 33⁴ e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, *in verbis*:

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

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

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

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

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

(...)

Artigo 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (*Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014*)

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

⁴ Esse artigo foi alterado pela Lei nº 12.973, de 2014.

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

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

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

Isso significa dizer que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte pessoa jurídica já estava sujeito ao comando legal que determinava a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

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

Ao contrário, então, do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um *benefício fiscal* em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, seria dedutível como perda (decrécimo patrimonial) quando da liquidação do investimento.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a “baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7º e 8º, a seguir transcritos:

Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977⁵: (*grifamos*)

⁵ Artigo 20 - (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (*caput* do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa *que possuía na outra* ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, **ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.**

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado⁶), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

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

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na *incorporação direta*, mas também na *incorporação reversa*.

Outro ponto que chama atenção é o de que, nos termos do § 3º do artigo 20 em questão, antes de sua alteração pela Lei n. 12.973/2014, a razão (ou motivo) do ágio deveria ser objeto de *demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*.

No caso de *expectativa de rentabilidade futura*, ordinariamente essa demonstração costuma ser feita com base em projeções de fluxo de caixa descontado, evidenciadas em estudos econômicos internos ou por meio de laudos de empresas de auditoria ou terceiros especialistas,

⁶ No regime anterior, conforme visto, a perda de capital apurada nos eventos societários implementados a valor contábil não era dedutível. A legislação até então vigente condicionava a dedução a apuração do acervo líquido a mercado.

critério este que corresponde a uma metodologia comum de se proceder a um *business valuation* e que não prejudica ou impede o Fisco, em caso de discordância dos dados apresentados, questionar o critério de cálculo adotado.

Desde então, ou seja, após a edição da Lei 9.532/97, que conferiu o direito de dedução nas hipóteses legais dos artigos 7º e 8º, a figura do "ágio" foi sendo amplamente utilizada, inclusive em aquisições entre particulares, partes independentes ou não, em operações lícitas, ilícitas ou simuladas, o que acabou colocando o assunto ágio como um dos principais alvos de autuações fiscais.

Como pontua Valter Lobato⁷:

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

O Legislador, aliás, em momento posterior chegou a permitir o diferimento da tributação do ganho de capital relativo a resultados positivos decorrentes de alienação de investimento por integralização com ações de outras empresas, o que claramente induziu a criação de uma espécie específica de *ágio interno*, em operações que poderiam até mesmo ser vistas como meras *reavaliações de ativos*, não fosse o permissivo legal e o conceito fiscal amplo de ágio até então vigente⁸.

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 36 da Lei n. 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05, de modo que o diferimento do ganho de capital decorrente de operação interna de

⁷ O Novo Regime Jurídico do Ágio na Lei 12.973/2014. In: O ágio no direito tributário e societário: questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. P. 101.

⁸ Mais precisamente, durante o período compreendido entre 01/01/2003 e 21/11/2005, esteve em vigência o artigo 36 da Lei n. 10.637/02, o qual dispunha sobre uma hipótese de ágio gerado internamente nos seguintes termos:

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

§ 1º - O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido: I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

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

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

subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio não mais se tornou possível.

Quanto ao *ágio interno* propriamente dito, sua dedução fiscal passou a ser expressamente proibida apenas com a **MP 627/2013**, convertida na **Lei nº 12.973/2014**, em momento, portanto, posterior aos fatos geradores aqui contemplados.

Em outras palavras, somente a partir da publicação da Lei 12.973/14, que produz efeitos em relação às operações realizadas a partir de 1º de janeiro de 2015, é que passou a ser vedado, no sistema jurídico, o registro e apuração de ágio em operações realizadas entre partes relacionadas, de modo que a tentativa da Fiscalização, corroborada pela decisão *a quo*, de aplicar essa limitação para o caso não tem cabimento, sos pena de clara violação aos princípios da legalidade e irretroatividade.

Nesse sentido já se posicionou essa E. 1ª Turma da CSRF em sessões de julgamento ocorridas em novembro/2022, conforme atestam as ementas dos julgados abaixo transcritos:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Até a edição da Lei n. 12.973/14 inexistia proibição para a constituição de ágio em operações de aquisição de participação societária de partes dependentes, sendo que durante a vigência do artigo 36 da Lei n. 10.637/02, havia até previsão expressa de diferimento de ganho de capital de operação de subscrição de participação societária pelo valor de mercado com geração de ágio. Inexistindo comprovação de que as operações que geraram o ágio entre partes dependentes foram fraudulentas, há que ser mantida a dedutibilidade da então despesa com a amortização do ágio.

(Acórdão nº **9101-006.358**. Sessão de 08 de novembro de 2022. Rel. Cons. Alexandre Evaristo Pinto).

RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO INTERNO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS MANTIDOS. Ágio T4U I.

Até o advento da MP 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014, não era relevante para fins fiscais a distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de “ágio interno”) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo. A mera circunstância de a operação ter sido realizada entre entes que pudessem ser considerados como integrantes do mesmo grupo de empresas não descaracterizava o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação tributária

(Acórdão nº **9101-006.373**. Sessão de 09 de novembro de 2022. Rel. Cons. Livia De Carli Germano).

Ora, na linha do antigo brocardo romando, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Nesses termos, não havendo no art. 7º da Lei nº 9.532/97 a restrição de apuração de ágio em operações entre partes relacionadas, não poderia o intérprete criá-la, salvo nas hipóteses de *simulação* ou *ilicitude*, o que nunca foi aventado nessa situação particular.

Nas palavras de Edmar Oliveira Andrade Filho⁹:

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

Por mais *apaixonantes* que possam ser os rótulos e argumentos contrários à dedução fiscal do ágio interno antes da Lei nº 12.973/14, ou por mais *justas* que possam ser as normas regulatórias acerca do registro do ágio para fins contábeis e econômicos, não se pode perder de vista que há todo um regime jurídico-tributário específico sobre o tema, regime jurídico este que deve prevalecer em um autêntico Estado Democrático de Direito.

A propósito, e diferentemente do que sustenta a decisão recorrida, a própria contabilidade, na época dos fatos geradores aqui envolvidos, aceitava, sim, a figura do *ágio interno* como apto ao registro de despesa em determinadas operações, até mesmo porque o conceito de *ágio fiscal* não discriminava a sua apuração em operações ocorridas dentro de um grupo econômico.

De fato, a doutrina contábil, de onde as r. autoridades fiscais não raramente costumam buscar elementos para refutar a validade *per se* de ágio gerado entre partes relacionadas, na verdade já reconheceu que o "ágio interno" pode ser tratado da mesma forma que ágios decorrentes de transações realizadas com partes não-relacionadas para fins fiscais. É justamente o que concluíram Eliseu Martins e Jorge Vieira Costa Júnior¹⁰, quando assim se manifestaram:

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

⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Estudos e Pareceres sobre Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*. São Paulo : MP Editora, 2007. p. 65.

¹⁰ COSTA JÚNIOR; Jorge Vieira; MARTINS, Eliseu. A Incorporação Reversa com Ágio Gerado Internamente: Conseqüências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade. Disponível em <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>. Acesso em 18.4.2014.

O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno - ágio gerado internamente - dá sentido econômico à operação. (...)

Nas palavras de Marcos Takata¹¹:

Há ágios internos e "ágios internos". Quero com isso dizer que há ágios internos reais ou efetivos ou com causa, e ágios internos "criados" ou artificiais ou sem causa.

Para fins jurídicos-tributários, o ágio interno, formado dentro do grupo societário, para ser real ou com causa, deve ter uma efetividade econômica ou um significado econômico.

A premissa, então, de que à época das operações societárias em tela a existência de despesa de registro de *ágio interno* seria proibida sob o enfoque contábil é *no mínimo duvidosa*, para não dizer *equivocada*.

Com efeito, o movimento pela vedação de registro e consequente amortização contábil de *ágios internos* na escrituração ocorreu se deu no contexto do processo de conversão, iniciado a partir da edição da Lei nº 11.638/2007, das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais – *IFRS*, justificando-se sob a perspectiva da necessidade de elaboração de balanços consolidados.

As demonstrações contábeis, até então diretamente influenciadas pela legislação tributária, passaram a ter como objetivo "*fornecer informações contábil-financeiras acerca da entidade que reporta a informação*" (OB2 do CPC 00 – Estrutura Conceitual) através dos registros contábeis **consolidados** da entidade. Nesse particular, o Item 10 do CPC 26 (Demonstrações Consolidadas) esclarece qual o conjunto completo de demonstrações contábeis que devem ser apresentados pelas companhias brasileiras (balanço patrimonial, demonstração do resultado, dentre outras), não fazendo nenhuma referência à elaboração de balanços individuais.

De qualquer forma, o tratamento contábil do *ágio interno*, o qual, repita-se, mostra-se no mínimo duvidoso á época dos fatos geradores, jamais poderia interferir no direito de sua dedução fiscal. *Uma coisa é uma coisa; outra coisa é outra coisa*.

Como bem notou a Cons. Livia De Carli Germano em declaração de voto apresentada no Acórdão nº **9101-005.778**, precedente este que analisou justamente o tratamento fiscal do rotulado *ágio interno*:

¹¹ TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções Necessárias. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 3º volume. São Paulo: Dialética, 2012. p. 194-214.

... não estamos tratando, nos presentes autos, de Contabilidade, mas de Direito Tributário. Assim, o fato de eventualmente se concordar com as conclusões acima acerca do tratamento **contábil** do ágio intragrupo nada diz sobre os **efeitos tributários** desse ágio.

De fato, muito embora o ágio seja registrado em livros contábeis, ele está previsto em regras tributárias e é controlado em livros fiscais (ex. LALUR), independentemente do que ocorre na contabilidade.

O próprio STF já assinalou que *“ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário”*¹².

Essa Colenda CSRF, diga-se, também já rechaçou a tentativa das autoridades fiscais conferirem prevalência de normas não tributárias (no caso, da CVM) sobre leis tributárias, conforme atesta o seguinte julgado (Acórdão nº **9101-002.539**, de 20/01/2017), decidido na ocasião por unanimidade de votos:

PREVALÊNCIA DA NORMA TRIBUTÁRIA SOBRE INSTRUÇÃO NORMATIVA DE ÓRGÃO REGULADOR.

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

O que precisa ficar claro, pois, é que é perfeitamente normal que o Direito, enquanto criador de sua própria realidade, possa se distanciar de preceitos ou orientações contábeis.

Como aduz Ricardo Mariz de Oliveira¹³:

... a fonte e sede do ágio ou deságio está no ato ou negócio jurídico de que ele promana e na respectiva disciplina legal, e não no lançamento contábil.

¹² Trecho extraído do voto da Ministra Relatora Rosa Weber no RE 606.107/RS.

¹³ "Os motivos e os Fundamentos Econômicos dos Ágios e Deságios na Aquisição de Investimentos, na Perspectiva da Legislação Tributária". In: Direito Tributário Atual nº 23. Página 475.

E mesmo que aquela contabilização tenha que ser adotada por necessária obediência às prescrições da CVM ou de outro órgão regulatório, não afetará o tratamento tributário para o ágio, pois a distinção de critérios não altera o tratamento tributário, devendo este ser observado fora da contabilidade, nos termos do parágrafo 2º e do art. 177 da Lei nº 6.404¹⁴ e dos parágrafos 2º e 3º do art. 8º do Decreto-lei n. 1.598¹⁵.

Também Luis Eduardo Shoueri¹⁶ foi direito ao ponto:

Eis um bom exemplo de divergência entre as disciplinas contábil e tributária, já existente mesmo antes das recentes modificações da legislação societária: embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária. (...) Daí que eventuais lições extraídas da Contabilidade devem ser lidas *cum grano salis*, visto que surgidas a partir de outro pressuposto (o contábil), não adotado pelo legislador tributário.

Reitera-se, aqui, que distintamente da contabilidade, as normas fiscais brasileiras exigem a elaboração de demonstrações contábeis individuais para fins de cálculo e apuração dos tributos devidos, o que significa dizer que o tratamento tributário das entidades brasileiras está diretamente ligado aos **balanços individuais**.

Tanto é assim que o Brasil, para fins de apuração do Lucro Real e base de cálculo da CSLL, sempre tomou (e continua tomando) cada sociedade como uma entidade própria, e não todo o grupo econômico como um único contribuinte fosse.

Nos termos da Lei nº 6.404/76 ("Lei das S.A."), mesmo que uma sociedade faça parte de um grupo econômico, esta sociedade ainda assim deverá levantar balanços de forma

¹⁴ "A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras".

¹⁵ "§ 2º - Para fins da escrituração contábil, inclusive da aplicação do disposto no § 2º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os registros contábeis que forem necessários para a observância das disposições tributárias relativos à determinação da base de cálculo do imposto de renda e, também, dos demais tributos, quando não devam, por sua natureza fiscal, constar da escrituração contábil, ou forem diferentes dos lançamentos dessa escrituração, serão efetuados exclusivamente em:

I – livros ou registros contábeis auxiliares; ou

II – livros fiscais, inclusive no livro de que trata o inciso I do caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo será disciplinado em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil".

¹⁶ SCHOUEIRI, Luís Eduardo – Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética. 2012. P. 106.

individualizada¹⁷, demonstrando os seus resultados à luz das efetivas operações por ela realizadas, inclusive com partes vinculadas¹⁸.

Ainda sob o ponto de vista comercial, chama atenção que a legislação brasileira inclusive impõe o dever de partes relacionadas transacionarem sempre em bases comutativas, como se terceiros independentes fossem¹⁹.

Em harmonia com esses preceitos, a legislação fiscal brasileira reconhece a possibilidade de partes relacionadas transacionarem a mercado como se fossem partes independentes (*arm's lenght*), prevendo inclusive tratamentos específicos para disciplinar essas relações em bases comutativas, como se praticadas entre partes absolutamente independentes, dos quais podem ser citados como exemplo os casos de *Preços de Transferência, Distribuição Disfarçada de Lucros, Interdependência e Subcapitalização*.

Nem na hipótese de incorporação, fusão ou cisão é permitida a compensação de prejuízos fiscais da empresa sucedida, como prevê o art. 514 do RIR/99: *a pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida*.

Todo esse arcabouço legislativo reforça a premissa de que, em não havendo norma proibitiva, operações de aquisição e incorporação realizadas entre empresas distintas, ainda que sujeitas a controle comum, devem ser consideradas válidas e eficazes do ponto de vista tributário, salvo quando demonstrado eventual vício quanto às bases comutativas usadas como parâmetro entre as partes, o que nunca ocorreu nessa situação fática.

Para valer a tese em prol da glosa, deveria ao menos a Fiscalização ou a decisão recorrida contrapor os dados ou conclusão do demonstrativo de avaliação que deram suporte à escrituração do ágio, seja alegando eventuais vícios ou equívocos concretos que o tornariam imprestável em seu conteúdo, seja demonstrando eventual simulação, mas nada disso foi feito, o que contamina o *critério jurídico empregado* neste lançamento.

De acordo com Humberto Ávila²⁰:

¹⁷ Esses balanços individuais, reitera-se, são o ponto de partida para o cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL de cada sociedade, conforme determina o artigo 248 do RIR: "Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 6°, §1°, Lei n° 7.450, de 1985, art. 18, e Lei n° 9.249, de 1995, art. 4°)."

¹⁸ As demonstrações financeiras consolidadas previstas no artigo 249 da Lei das S.A., na verdade, têm apenas efeitos acessórios às demonstrações financeiras individuais da sociedade, servindo como uma espécie de complemento à divulgação, mas sem implicar quaisquer efeitos contábeis e societários.

¹⁹ Nesse sentido dispõe o artigo 245 da Lei das S.A.: "Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo."

²⁰ ÁVILA, Humberto. Notas sobre o Novo Regime do Ágio. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 5 volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 155.

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

Nesse caso concreto, chama atenção que restou demonstrado que a UBR, no período de novembro de 2007 a fevereiro de 2008, adquiriu participação societária na Recorrente, com o pagamento de ágio fundado em rentabilidade futura, em conformidade com avaliação feita por pessoa independente (Deloitte), mediante pagamento de preço e remessa de recursos aos vendedores localizados no exterior, o que ensejou o recolhimento de aproximadamente R\$ 50 milhões a título de IRRF sobre o ganho de capital apurado nesta operação.

Ato contínuo (em novembro de 2009), houve segmentação dos ativos industriais da UBR por meio de sua cisão, com a conseqüente absorção do acervo líquido cindido pela Recorrente, que passou a amortizar fiscalmente o referido sobrepreço à luz da liquidação do respectivo investimento com ágio.

O voto condutor do acórdão recorrido reconhece esses fatos sem qualquer ressalva, registrando inclusive que (fls. 3.243/3.244):

[...].

Em primeiro lugar, não há dúvida de que por trás do aproveitamento do ágio ocorreu uma complexa operação de fusões, cisões e incorporações empresariais que não se ativeram apenas ao Brasil, parecendo ter ocorrido em várias partes do mundo por se tratar de empresa multilateral. Em segundo lugar, é incontroverso que a incorporação de empresa que ensejou a formação do ágio ocorreu entre empresas do mesmo grupo, o que é confirmado pela recorrente nas explicações oferecidas na impugnação e no recurso voluntário. **Em terceiro lugar, não se discute a qualidade e nem o valor do ágio apurado pela empresa, de modo que os valores glosados são igualmente incontroversos.**

[...]

Conforme ainda o TVF, **o valor da transação foi o de mercado, em respeito às regras de preços de transferência, devidamente apurado por avaliação procedida por consultoria especializada na área de fusões e aquisições de empresas. Em virtude de a expectativa de lucratividade da UBI superar o valor do seu patrimônio líquido no momento da aquisição (goodwill), a UBR registrou em sua contabilidade o valor de ágio correspondente. Para fins tributários, o**

ágio foi amortizado a partir de um novo evento societário, que foi a cisão de parte da UBR, ocorrido em novembro de 2009.

Essas passagens, segundo penso, são mais do que suficientes para validar a amortização fiscal do ágio tal como foi levada a cabo pela Recorrente, afinal elas atestam o cumprimento dos requisitos legais acima apontados.

Houve pagamento do preço em valor superior ao PL. Houve avaliação da investida com base em rentabilidade futura reconhecida em demonstrativo e inclusive referenciada no TVF como sendo o valor de mercado. Além disso, houve ganho de capital tributado na ponta dos vendedores, sendo a operação inclusive sujeita e efetivamente controlada pelas regras de preços de transferência previstas na Lei nº 9.430/96.

Apenas para lembrar, as regras de preços de transferência regulam os preços válidos para fins fiscais nas operações de exportação ou importação de bens e direitos. Mais precisamente, dispõe o artigo 18 da Lei 9.430/96 que “*os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, (...) nas operações com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda o preço determinado*” por um dos métodos previstos na legislação, dentre eles o Método PIC (*Preços Independentes Comparados*), método este que inclusive admite, à luz do art. 21 desta mesma lei, laudo de avaliação elaborado por auditores independentes como meio hábil de se chegar a um preço *arm's length*

A decisão recorrida, porém, não levou nada disso em conta, mantendo o lançamento sob uma premissa teórica que não encontra respaldo legal, qual seja, de que a vinculação das partes antes da Lei 12.973 por si só já prejudicaria o direito de reconhecer e deduzir o ágio após a extinção do investimento.

É justamente nesse ponto que a meu ver repousa o grande equívoco da fiscalização, e que acabou sendo incorretamente amparado pelo acórdão recorrido: o de simplesmente negar o direito de deduzir o rotulado *ágio interno*.

Esse entendimento, contudo, não deve prevalecer, não só sob pena de contrariar a literalidade, mas também o conteúdo do texto legal (no caso, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, vigente à época dos fatos geradores) e sua integração com a técnica de tributação individual que sempre vigorou no âmbito do IRPJ e Reflexos, mas como meio de coibir uma condenável *presunção absoluta* de que “*todo ágio interno é ruim*”, como se os fatos concretos das operações societárias em dada importassem.

Por fim, e corroborando com o que buscamos expor, cabe destacar a decisão da 1ª Turma do STJ, proferida por unanimidade de votos no **Resp 2.026.473/SC**, que validou o uso de empresa veículo como meio de operacionalizar a aquisição de investimentos por empresas estrangeiras, sem prejuízo da dedução do ágio, inclusive quando gerado em operações internas, conforme atesta a seguinte passagem do voto condutor do Min. Gurgel de Faria:

[...] do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresaveículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

Aliás, quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que anteriormente, não havia vedação, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva.

[...]

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

Essas são as razões, portanto, para reformar o acórdão recorrido.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Redator designado.

Ágio interno

Em face dos paradigmas, a questão suscitada diz respeito à possibilidade jurídica de amortização de ágio interno em face da legislação tributária (e antes da Lei nº 12.973/2014), sem qualquer perquirição acerca de qualificação dos fatos ensejadores da autuação.

Apesar do respeitável voto do relator e da declaração de voto da Ilustre Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, divirjo das respectivas posições. Eu sempre me alinhei com a posição oposta, cujos fundamentos são bem representados no voto condutor da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, que abaixo transcrevo:

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

Lei nº 9.532, de 1997

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

.....

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

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

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

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

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

É oportuno registrar que não se está aqui a ampliar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL [...] mas simplesmente interpretando o que dispôs o legislador. E nem mesmo a se fazer uma interpretação econômica dos fatos ou da lei. É que não faz

o menor sentido tratar como “custo” o que não representou qualquer dispêndio! Até ousar dizer que o que está a se fazer aqui é uma interpretação literal da lei, porque sequer consigo vislumbrar custo diferente de dispêndio e dispêndio diferente de se arcar com um ônus.

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

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

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

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

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

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

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

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

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

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

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

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

b) DATA-BASE

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

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Deságio

[...]

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

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

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

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

11.7.5 Amortização do Ágio ou Deságio

CONTABILIZAÇÃO

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

O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente, devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor

adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).[...]

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

[...].

11.7.6 Ágio na Subscrição

[...]

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

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

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

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

Notemos que, nesse caso, não faz sentido lógico que o novo acionista ou mesmo o antigo, ao fazer a integralização do capital, registre seu investimento pelo valor patrimonial das suas ações e reconheça a diferença como perda não operacional. Na verdade, nesse caso, o valor pago a mais tem substância econômica bem fundamentada e deveria ser registrado

como um ágio, baseado no maior valor de mercado dos ativos da Empresa B.”

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

É bem verdade que no item 38.6.1.2, ao tratar da Incorporação Reversa com Ágio Interno, o referido Manual, ao analisar o art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002, aduz que o referido diploma legal admitia a reavaliação de participações societárias, quando da integralização de ações subscritas, com o diferimento da tributação do IRPJ e da CSLL e concluem os autores da obra:

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

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

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

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

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

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

*Por outro lado, haveria também como refutar o registro da parcela legalmente dedutível do ágio gerado internamente, ao se enxerga-la tecnicamente como um intangível gerado internamente. Dentro do Arcabouço Conceitual Contábil em vigor, considerando a **mensuração a valores de entrada**, não se admite o reconhecimento de um ativo que não seja por seu custo de aquisição. Um intangível gerado internamente, como no caso em comento, embora gere benefícios econômicos inquestionáveis para uma dada entidade, tem o seu reconhecimento contábil obstado por uma simples razão: a ausência de custo para ser confrontado com benefícios gerados e permitir, com isso, a apuração de lucros consentâneos com a realidade econômica da entidade. [...]*

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

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

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

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

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

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

Atualmente, o art. 36 da Lei nº 10.637/02 foi revogado pela Lei nº 11.196/05 (art. 133, inciso III), bem como com a entrada em vigor do CPC 15, para fins de publicação de demonstrações contábeis, não mais será possível reconhecer contabilmente um ágio gerado internamente em combinações de negócio envolvendo entidades sob controle comum."

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis também repudiou o ágio interno por meio do CPC nº 04, aprovado em 2010, que, ao se manifestar sobre ativo intangível, dedicou os itens 48 a 50 para tratar do “Ágio derivado da expectativa

de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente”, deixando bastante claro que tal ágio sequer deve ser reconhecido como ativo:

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

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

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

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

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

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

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

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

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há

o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

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

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

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

Objetivo

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

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

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

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

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

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

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

E não é só isso: até este voto do acórdão recorrido, a jurisprudência do CARF também trilhava o mesmo caminho, isto é, o CARF não admitia a dedutibilidade da amortização de ágio surgido em operações internas ao grupo econômico, nem com o uso de empresas veículos, conforme acórdãos trazidos pela Fazenda em seu Recurso, todos de decisões unânimes na matéria ágio: 101- 96724, 103-23.290, 105-17.219.

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

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

EM nº 00187/2013 MF

Brasília, 7 de Novembro de 2013

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

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

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

2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.

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

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

[...]

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

[...]

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

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

É importante destacar que esse novo regramento contido na Lei nº 12.973/2014 é decorrente dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, e pelos pronunciamentos contábeis decorrentes.

No que diz respeito à questão de ágio, ocorreram mudanças significativas, como a nova definição de coligada (alteração do art. 243 da Lei nº 6.404/76), a alteração sobre o Método da Equivalência Patrimonial (art. 248 da Lei nº 6.404/79), além da edição de atos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis CPC sobre o assunto (em especial, o CPC nº 18 – “Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto” e CPC nº 15 – “Combinação de Negócios”, acima já citado).

De acordo com essa nova concepção contábil, o ágio (que passou a ser denominado de goodwill) é determinado como sendo o excedente pago, após os ativos líquidos da investida serem avaliados a “valor justo” (conceito que aliás é bem mais amplo do que “valor de mercado”). Em razão dessa alteração, o custo de aquisição do investimento passou a ser desdobrado em: a) valor do patrimônio líquido da investida; b) mais ou menos valia; e c) ágio por rentabilidade futura (goodwill), conforme destaque:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

Por tudo isso, é de se perceber que não é possível se fazer uma associação exata entre a nova sistemática de identificação e apuração do ágio com a anterior. De forma que, o que era ágio antes, pode ser agora somente “mais valia”, mesmo que anteriormente tivesse sido identificado como decorrente de expectativa de rentabilidade futura. A possibilidade de se apurar uma “menos valia” também influi na existência ou não do ágio.

Além disso, as situações em que o Método da Equivalência Patrimonial se torna obrigatório também foram alteradas, o que tem influência direta sobre a necessidade ou não de se determinar a existência de ágio.

Portanto, é um grande equívoco de interpretação se utilizar das disposições contidas no art. 7º da Lei 9.532/1997, a partir do constante nos arts. 20 a 22 da Lei nº 12.973/2014, uma vez que disciplinam efeitos tributários de procedimentos contábeis totalmente distintos.

Não fossem apenas essas diferenças, mas o fato mais curioso ainda é que o próprio conceito de partes dependentes estabelecido pelo art. 25 da Lei nº 12.973, de 2014, é bem mais amplo do que o conceito de ágio interno:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Ou seja, não apenas as operações que envolvem duas pessoas jurídicas sob controle comum caracterizam-se como partes dependentes: a nova lei incluiu as

pessoas físicas, com situações, por exemplo, em que o alienante é parente ou afim até o terceiro grau do sócio acionista da empresa. Assim, passa a ser possível a existência de um ágio contábil (diferente do ágio interno), mas que ao teor da nova legislação, a sua dedutibilidade fica vedada.” [grifos e destaques originais]

Cumpre-me, porém, aditar mais uma questão, que diz respeito à aplicação das regras de preços de transferência.

Tais regras foram introduzidas no Brasil pela Lei nº 9.430/1996 com a finalidade de combater a erosão da base de cálculo da tributação da renda passível de ocorrer por meio do seu deslocamento artificial para o exterior mediante operações transfronteiriças.

Por essa razão, a aplicação dessas regras pode resultar na necessidade de adições ao lucro real para fins de apuração do lucro real. Nada obstante, inexistente hipótese oposta, vale dizer, de exclusão de valores em decorrência da aplicação das regras de preços de transferência.

Ora, se o chamado ágio interno não é admitido quando realizado por meio de operações realizadas exclusivamente dentro das nossas fronteiras, não faz qualquer sentido que possa ser considerado legítimo para fins de mitigação da tributação da renda no caso de transações internacionais.

Por essas razões, voto por negar provimento ao recurso especial.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

Com todas as vênias ao Relator, embora eu concorde com suas conclusões, o faço com base em outros fundamentos, conforme exposto a seguir.

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, bem como 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, com a redação vigente à época fatos, a amortização do ágio com fundamento em rentabilidade futura da investida era condicionada à verificação dos seguintes requisitos: (i) investimento em coligada ou controlada avaliado pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”); (ii) participação societária adquirida com ágio, assim entendido a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido à época da aquisição; (iii) custo de aquisição do investimento desdobrado em valor do patrimônio líquido e ágio; (iv) elaboração de documento demonstrando, a depender do fundamento econômico do ágio, o valor de mercado de bens do ativo da investida superior ao custo registrado na sua contabilidade e o valor da

rentabilidade futura da coligada ou controlada que embasou o registro do ágio; e (v) confusão patrimonial entre investida e investidora mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, não havia, na legislação então vigente, vedação expressa à exclusão do lucro real do ágio decorrente de participação societária adquirida entre partes dependentes, razão pela qual não concordo com o entendimento de que, mesmo antes do advento da Lei nº 12.973/2014, todo e qualquer ágio gerado dentro de um grupo econômico é, necessariamente, artificial e indedutível.

Como explica o Conselheiro Marcos Takata, na declaração de voto apresentada no Acórdão nº 1103-00.501²¹, para fins jurídico-tributários, “não se podem colocar os ágios internos todos numa ‘vala comum’”, de forma que é preciso distinguir os “ágios internos reais ou efetivos ou com causa”, que são aqueles que possuem efetividade econômica, daqueles “ágios internos ‘criados’ ou artificiais ou sem causa”.

No mesmo sentido, ensina Luís Eduardo Schoueri que “o fato de as partes serem ligadas, por si só, não é determinante para que se possa dizer que o ágio gerado em uma transação interna decorre de uma operação simulada, na qual não houve um real intuito negocial, isto é, que não busca realizar seus efeitos próprios.”²²

Complementam esse racional Eliseu Martins e Aleksandro Broedel Lopes, ao afirmar que, quando o ágio por expectativa de rentabilidade futura (ou “goodwill”) é gerado em transações entre partes independentes, “existe maior segurança de que esse valor realmente corresponda a um ativo ligado à expectativa de rentabilidade futura da sociedade”. Por outro lado, “quando a transação societária envolve empresas sob controle comum, por exemplo, maior rigor deve ser aplicado na verificação da real existência do ágio”²³.

Portanto, no que se refere às operações anteriores à Lei nº 12.973/2014 – como as aqui analisadas - o fato de um ágio decorrer da aquisição de participação societária entre partes dependentes, por si só, não impede sua amortização na apuração do lucro real. Esse entendimento está em linha com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no REsp nº 2.026.473/SC²⁴. Confira-se:

Não pode a Receita, alegando buscar extrair o “propósito negocial” das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre “partes dependentes” (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via “empresa-veículo”. Ou seja, não é dado presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações societárias são desprovidos de fundamento material/econômico. (...)

²¹ J. em 30.06.2011.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 115.

²³ LOPES, Aleksandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis. In MOSQUEIRA, Roberto Quiroga; LOPES, Aleksandro Broedel (coord.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 3. ed., São Paulo: Dialética, p. 39.

²⁴ Primeira Turma, Rel. Min Gurgel de Faria, j. em 05.09.2023.

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresa-veículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta. (...)

Segundo, porque se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria abusiva. (...)

Em resumo, compreendo que a existência do ágio interno (ao menos até 2014) ou a constituição de sociedade-veículo não podem, por si sós, configurar impedimento para a dedução do ágio.

O ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da investida e a amortização fiscal do ágio é autorizada quando sua fundamentação econômica for a expectativa de rentabilidade futura da investida. Diante disso, na operação de aquisição de participação societária com ágio dentro de um grupo empresarial, quando houver artificialidade no custo de aquisição ou no valor do patrimônio líquido, não se poderá afirmar que o montante atribuído ao ágio tem por fundamentação econômica a expectativa de rentabilidade futura da investida, o que impede sua amortização fiscal por violação ao art. 7º, III, da Lei nº 9.532/1997.

Por outro lado, o ágio interno será real, efetivo, quando a operação de aquisição que lhe deu causa tiver justificativa econômica – hipótese na qual o custo de aquisição da participação societária refletirá o valor de mercado do investimento e o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da investida poderá ser amortizado na apuração do lucro real. Nesse sentido, Ricardo Mariz de Oliveira explica que a justificativa econômica é o que dá suporte ao tratamento jurídico do ágio, de forma que, quando não houver aquisição ou a aquisição não dispuser de sentido econômico, o ágio interno será apenas aparente. Confira-se:

“Aliás, foi a sensibilidade do legislador do Decreto-lei nº 1.598 que o levou a arrolar um amplo leque de fundamentos econômicos para o ágio ou deságio, os quais estão no fundo da própria razão da sua existência. (...)

Em síntese, há sempre uma justificativa econômica para ágio ou deságio, e essa justificativa dá suporte para o respectivo tratamento jurídico.

Pois é exatamente quando não haja essa justificação que se pode falar em ágio interno, bastando utilizar os exemplos acima no sentido negativo, ou seja,

notadamente quando não haja aquisição ou haja uma aquisição na qual nenhum sentido econômico possa ser encontrado para o pagamento de ágio”.²⁵

Nas transações envolvendo empresas sob controle comum, a ausência de interesses conflitantes na formação do custo de aquisição do investimento indica artificialidade do ágio interno. Isso porque o preço de mercado se forma a partir da contraposição de interesses, de maneira que, ainda que o valor justo de uma participação societária possa ser estimado, é o crivo de uma negociação que traz concretude à estimativa, afastando eventuais distorções.

Portanto, para que um ágio interno seja passível de amortização na apuração do lucro real, é preciso que a sua formação sofra a influência de fatores externos ao grupo, que indiquem a contraposição de interesses. Do contrário, ainda que o custo de aquisição da participação societária esteja baseado em laudo de avaliação, a artificialidade do ágio interno não será afastada, tendo em vista que o documento - em regra, contratado pelo próprio grupo - conterá uma estimativa, que pode não refletir o valor que um terceiro estaria disposto a pagar pela participação societária.

No presente caso, como se extrai do acórdão recorrido, a Autoridade Fiscal reconheceu que as quotas da UBI foram adquiridas pela UBR por valor de mercado, em respeito às regras de preço de transferência. Confira-se:

Conforme ainda o TVF, o valor da transação foi o de mercado, em respeito às regras de preços de transferência, devidamente apurado por avaliação procedida por consultoria especializada na área de fusões e aquisições de empresas. Em virtude de a expectativa de lucratividade da UBI superar o valor do seu patrimônio líquido no momento da aquisição (goodwill), a UBR registrou em sua contabilidade o valor de ágio correspondente. Para fins tributários, o ágio foi amortizado a partir de um novo evento societário, que foi a cisão de parte da UBR, ocorrido em novembro de 2009.

Embora existam controvérsias acerca da aplicação das regras de preço de transferência à compra e venda de participações societárias, é inconteste que a Receita Federal entende que “as ações, quotas e outras participações societárias são bens cujas transações de compra e venda com elas realizadas estão sujeitas às regras de preços de transferência” se efetuadas junto à pessoa vinculada, residente ou domiciliada no exterior²⁶.

Ocorre que o fato de uma operação de aquisição de participação societária com ágio, entre partes relacionadas, estar sujeita às regras de preço de transferência, por si só, não valida o custo de aquisição do investimento. Até porque tal custo de aquisição somente produz efeitos tributários no momento da alienação do investimento ou da amortização fiscal do ágio e

²⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Questões Atuais sobre o Ágio. Ágio Interno – Rentabilidade Futura e Intangível – Dedutibilidade das Amortizações – As Inter-relações entre a Contabilidade e o Direito. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. Controvérsias Jurídico-Contábeis. 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

²⁶ Disponível em <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf/perguntas-e-respostas-pj-2023.pdf>, acesso em 09.08.2024.

eventual inércia da Receita Federal na fiscalização das regras de preço de transferência não atesta sua regularidade.

Em outras palavras: a circunstância de as regras de preço de transferência serem aplicáveis à operação não significa, necessariamente, que a participação societária foi adquirida a valor de mercado, de forma que o ágio correspondente poderá ser amortizado para fins fiscais. No entanto, no presente caso, a própria Autoridade Fiscal reconheceu que “o valor da transação foi o de mercado, em respeito às regras de preços de transferência”. Diante disso, não há dúvidas da ausência de artificialidade no custo de aquisição do investimento, o que faz com que o ágio interno em questão seja real, efetivo e, portanto, passível de amortização na apuração do lucro real.

Por essa razão, voto por dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic