



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16682.720206/2017-14
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.848 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 7 de março de 2024
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
IPIRANGA PRODUTOS DE PETROLEO S.A.

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

Ano-calendário: 2012, 2013

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

REPERCUSSÃO DO GANHO DE CAPITAL APURADO NO REVERSO DA OPERAÇÃO QUE RESULTA EM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO CLASSIFICADO COMO INTERNO. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência não apreciam pedido de aproveitamento do tributo que teria sido recolhido indevidamente pela controladora sobre o ganho de capital formado na operação que resultou no ágio cuja amortização foi glosada no acórdão recorrido.

FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial acerca de argumentos subsidiários para validar a amortização fiscal do ágio se os paradigmas indicados analisaram estes argumentos sob contexto fático distinto do examinado no acórdão recorrido.

REPERCUSSÃO DA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial acerca de argumentos subsidiários para validar a amortização fiscal do ágio na base de cálculo da CSLL se os paradigmas indicados analisaram estes argumentos sob contexto fático e jurídico distinto do examinado no acórdão recorrido.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO TRANSFERIDO. CARACTERIZAÇÃO COMO ÁGIO NOVO. IMPOSSIBILIDADE. Operações internas ao grupo econômico, que transferem investimentos para outra pessoa jurídica com vistas a viabilizar incorporação sem a participação da investidora original, para aproveitamento fiscal do ágio pago, não se prestam a constituir, em relação à parcela transferida, ágio novo que possa ser classificado como ágio interno. Reformada a premissa do acórdão recorrido, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para exame dos argumentos subsidiários de defesa do sujeito passivo. Prejudicada a apreciação da divergência jurisprudencial que pretendia ver

afirmada a dedutibilidade das amortizações de ágio ainda que formado internamente ao grupo econômico e evidenciada necessidade de reexame da extensão da dedução dos valores pagos na operação de ganho de capital, antes admitida em face da subsistência das glosas de amortizações de ágio classificado como interno.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: (i) quanto ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, dele não conhecer; e (ii) relativamente ao Recurso Especial do Contribuinte, dele conhecer parcialmente, apenas em relação às matérias “*III.2 - Da Indevida Qualificação do Ágio como ‘Ágio Interno’*”, e tão somente para avaliar a premissa do recorrido, sem apreciar se eventual reforma desta premissa leva ao cancelamento do lançamento; e “*III.3 - Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas*”. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar provimento parcial ao recurso do Contribuinte no item “*III.2 - Da Indevida Qualificação do Ágio como ‘Ágio Interno’*”, para reformar a premissa do voto vencedor do acórdão recorrido quanto à classificação como “interno” do ágio cujas amortizações foram glosadas, com retorno dos autos ao colegiado *a quo* para apreciação dos demais argumentos do Recurso Voluntário do Contribuinte sob esta premissa. Prejudicado o exame da matéria “*III.3 - Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionada*”. Processo julgado com a participação da Conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (substituta) e sem a participação do Conselheiro Jeferson Teodorovicz (substituto).

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (substituta) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausentes os conselheiros Luciano Bernart, substituído pela conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, e a conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

Relatório

Trata-se de recursos especiais interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") e por IPIRANGA PRODUTOS DE PETROLEO S.A. ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1401-002.883, na sessão de 18 de setembro de 2018, no qual decidiu-se que:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e de decadência e, no mérito negar provimento ao recurso no que se refere aos juros sobre a multa de ofício. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso quanto i) à dedutibilidade das despesas com a amortização de ágio; ii) ao afastamento das multas impostas, por força da aplicação do art. 112 do Código Tributário Nacional, e iii) à aplicação da glosa das despesas com a amortização do ágio à apuração da base do cálculo da CSLL. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin e Letícia Domingues Costa Braga. A Conselheira Lívia votou pelas conclusões do voto vencido em relação aos itens "i" e "iii". Por maioria de votos, dar provimento ao recurso para a admitir a dedução, dos valores exigidos através do Auto de Infração, do IRPJ e CSLL pagos em face do ganho de capital na alienação da CBPI e DPPI, pela ULTRAPAR PARTICIPAÇÕES. Vencido o Conselheiro Claudio de Andrade Camerano. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012, 2013

PRELIMINAR. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA CARF N. 116.

O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte. Não ocorrência de decadência no caso concreto.

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA "VEÍCULO". AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito comercial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO E CONCOMITANTE TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE.

Desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito comercial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações.

Não subsistindo o ganho de capital, entendo que os tributos recolhidos pela Ultrapar Participações devem ser deduzidos dos supostos créditos tributários constituídos em face da Recorrente, já que se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. SÚMULA 108 CARF.

No que se refere à alegação de ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício, basta observar o disposto nos artigos 113, 139 e 161 do CTN para se chegar à conclusão de que os juros moratórios não apenas incidem sobre o principal, mas também sobre a multa de ofício proporcional, já que ambos compõem o crédito tributário constituído.

BASE DE CÁLCULO. RESULTADO DO EXERCÍCIO AJUSTADO PELAS ADIÇÕES, EXCLUSÕES E COMPENSAÇÕES AUTORIZADAS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DESPESA INEXISTENTE COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO.

Considerando que a base de cálculo da CSLL é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda, ajustado pelas adições, exclusões e compensações autorizadas pela legislação tributária, e tendo em vista que na apuração desse resultado do exercício devem ser considerados apenas os custos, despesas, encargos e perdas correspondentes às receitas e rendimentos auferidos no período, não há como se acatar a dedução de uma despesa inexistente, com amortização do ágio interno, para fins de determinação do resultado do exercício e, em consequência, de apuração da base de cálculo dessa contribuição.

EXCLUSÃO DE PENALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 112, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

A utilização do art. 112, implica na aplicação da menor penalidade no caso de dúvidas quanto à incidência das punições possíveis ao caso. Não implica, na forma do texto legal, em excluir totalmente a punição em qualquer que seja o caso, posto que é norma de interpretação da norma penal aplicável e não de exclusão de penalidade.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2012 e 2013 a partir da constatação de indevida amortização de ágio formado internamente ao grupo econômico. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 5028/5054). O Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento parcial ao recurso voluntário para *admitir a dedução, dos valores exigidos através do Auto de Infração, do IRPJ e CSLL pagos em face do ganho de capital na alienação da CBPI e DPPI, pela ULTRAPAR PARTICIPAÇÕES* (e-fls. 5236/5280).

Os autos foram inicialmente encaminhados para ciência da Contribuinte, efetivada em 24/10/2018, seguindo-se a oposição de embargos de declaração. Antes de ser cientificada, a Contribuinte opôs embargos de declaração em 29/10/2018 (e-fls. 5286/5307), rejeitados conforme despacho de e-fls. 5362/5376 porque não demonstrados os vícios assim relatados:

- a) omissão quanto aos argumentos de defesa não analisados pelo acórdão embargado, em razão da mera reprodução dos fundamentos utilizados pela DRJ;
- b) omissão quanto aos argumentos que demonstram a inexistência de ágio interno;
- c) contradição e omissão quanto à existência de efetivo dispêndio na operação - impossibilidade de caracterização do ágio interno;
- d) omissão quanto aos evidentes propósitos negociais na operação que culminou no aproveitamento do ágio pela embargante;
- e) contradição quanto à existência de um novo ágio no aporte de capital na Ultragaz Participações;
- f) omissão em relação à transferência do ágio no montante de R\$ 449.880.806,94 à Ultragaz Participações;
- g) obscuridade e contradição quanto à aplicação do artigo 112 do CTN.

Antes da ciência da rejeição dos embargos de declaração à Contribuinte, os autos do processo foram remetidos à PGFN em 18/02/2019 (e-fl. 5380) e em 21/03/2019 retornaram ao CARF veiculando o recurso especial de e-fls. 5381/5397 no qual a Fazenda aponta divergência reconhecida no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 5399/5401, do qual se extrai:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado (destaques do original transcrito):

“Tributação concomitante de ágio interno e de ganho de capital”

Decisão recorrida:

GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO E CONCOMITANTE
TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE.

Desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito negocial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações.

Não subsistindo o ganho de capital, entendo que os tributos recolhidos pela Ultrapar Participações devem ser deduzidos dos supostos créditos tributários constituídos em face da Recorrente, já que, se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL

Acórdão paradigma nº 1301-002.008, de 2016:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

A legislação tributária se integra e busca conceitos, portanto, na ciência contábil, pelo que não se pode aceitar que haja conceitos e efeitos distintos de ágio e de custo de aquisição para a contabilidade e para fins tributários. O custo de aquisição deve ser aquele resultante de efetivo desembolso (sacrifício patrimonial), em operação de mercado, em negócio realizado entre partes independentes. De forma alguma se há de admitir que a mera transferência de valores entre empresas do mesmo grupo possa representar algum sacrifício patrimonial, nem que o valor assim transferido seja representativo de uma operação em condições de livre mercado, ainda que, como no caso concreto, tenha sido suportado por laudo de avaliação. O registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se relaciona a uma receita no futuro. Tenho por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente.

Acórdão paradigma nº 1302-002.568, de 2018:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Por fim, no que concerne à alegação de que teria sido pago inclusive ganho de capital sobre as operações, adota a fundamentação da DRJ, que afastou qualquer efeito concreto quanto aos fundamentos da discussão em tela, verbis:

Com relação a essa matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a decisão recorrida entendeu que, desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito negocial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações, ou seja, os tributos recolhidos pela Ultrapar Participações

devem ser deduzidos dos supostos créditos tributários constituídos em face da Recorrente, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1301-002.008, de 2016, e 1302-002.568, de 2018) decidiram, de modo diametralmente oposto, ser irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante [...] tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente (primeiro acórdão paradigma) e que, no que concerne à alegação de que teria sido pago inclusive ganho de capital sobre as operações, afasta-se qualquer efeito concreto quanto aos fundamentos da discussão em tela (segundo acórdão paradigma).

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização da divergência de interpretação suscitada.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROponho seja ADMITIDO o Recurso Especial interposto.

A PGFN argumenta que, distintamente do Colegiado *a quo*, manifestou-se a Primeira Turma da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF. Analisando igualmente hipótese em que houve a glosa de ágio interno e em que o contribuinte, tal como nos presentes autos, buscava cancelar o lançamento sob a justificativa de que empresa do grupo (controladora) havia efetuado pagamento referente a ganho de capital, o Colegiado manteve a autuação. Para a Primeira Turma da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF, a eventual tributação do ganho de capital é irrelevante e não interfere no lançamento referente ao ágio interno. Transcreveu excertos do paradigma nº 1301-002.008 e também indicou, no mesmo sentido, o paradigma nº 1302-002.568, concluindo pela existência de dissídio jurisprudencial porque:

Destaque-se que todos os casos tratam de lançamento decorrente da glosa de ágio interno, considerado indedutível. Em todos os casos os contribuintes alegaram que sua controladora havia efetuado pagamento de ganho de capital sobre as operações, pleiteando que a tributação do ganho afetasse a glosa do ágio. Todavia, os Colegiados chegaram a conclusões diversas sobre a relevância, para o processo do ágio, de eventual pagamento de ganho de capital por empresa do grupo. As Turmas prolatoras dos paradigmas entenderam que a notícia de recolhimento de ganho de capital pela controladora do sujeito passivo em nada interfere no lançamento referente à glosa do ágio. Com efeito, a Primeira e a Segunda Turmas da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF explicitaram ser absolutamente irrelevante, para o deslinde do processo do ágio, eventual pagamento de ganho de capital por empresa do grupo e mantiveram o lançamento. Destoaram, portanto, do entendimento manifestado pelo Colegiado *a quo*, que considerou relevante a informação do contribuinte de que sua controladora havia pago ganho de capital sobre as operações, autorizando fossem deduzidos da autuação o valor correspondente ao pagamento do ganho de capital, reduzindo significativamente o lançamento do ágio.

Em síntese, tem-se que os paradigmas, diferentemente do acórdão recorrido, entendem que o eventual pagamento de ganho de capital pela controladora do sujeito passivo em nada interfere no lançamento referente à glosa do ágio, que deve ser mantido na íntegra.

Devidamente demonstrada a divergência jurisprudencial, merece ser conhecido o presente recurso especial.

No mérito, a PGFN afirma indevida a *compensação autorizada* pelo Colegiado *a quo* porque:

Primeiramente, cumpre destacar que, na linha trilhada pelos acórdãos paradigmas, eventual recolhimento de tributos a título de ganho de capital pela controladora do contribuinte, em nada interfere no processo da glosa do ágio.

Ora, o valor que justifica o registro do ganho continua a existir na controladora, mesmo com o reconhecimento de que o ágio é indedutível, pois se trata de reavaliação da participação societária a qual, se fosse feita de forma direta, geraria um ganho de capital

passível de tributação na controladora, nos termos do art. 438 do RIR/99, e nenhuma despesa dedutível na controlada.

Logo, sequer há que se falar em existência de crédito a ser compensado.

Em segundo lugar, apenas a título argumentativo, mesmo que se considerasse que a tributação do ganho de capital fosse incompatível com a glosa do ágio (tese com a qual não se concorda), e que existisse um crédito passível de utilização (o que não há), melhor sorte não socorreria ao contribuinte, por ser ilegal a dedução autorizada pela Turma recorrida, motivo suficiente, por si só, para a reforma do julgado.

Ora, de pronto observa-se ser indevida a compensação autorizada pelo Colegiado *a quo*, eis que envolve o encontro de contas de créditos e débitos de pessoas jurídicas diferentes. Destaque-se que o ordenamento jurídico brasileiro veda a compensação de débitos próprios com crédito de terceiros.

A legislação que rege a compensação tributária no direito brasileiro é bastante conhecida. Relembremos:

CTN

Art. 156. *Extinguem o crédito tributário:*

(...)

II - a compensação;

Art. 170. ***A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.***

Lei nº 9.430/96

Art. 74. O sujeito passivo ***que apurar crédito***, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, ***poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.***

(...)

§ 12. *Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:*

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

Da leitura da legislação de regência básica da compensação tributária, chegamos às seguintes conclusões: (i) a compensação é modalidade de extinção do crédito tributário; (ii) a lei ordinária PODE, NAS CONDIÇÕES QUE ESTIPULAR, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos contra a Fazenda do sujeito passivo (iii) a lei ordinária refere-se, EXCLUSIVAMENTE, à compensação de CRÉDITOS APURADOS e DÉBITOS PRÓPRIOS e considera NÃO DECLARADA a compensação de CRÉDITOS DE TERCEIROS.

Não é preciso um grande esforço hermenêutico para constatar que a legislação brasileira VEDA a compensação de créditos adquiridos de terceiros. Trata-se de questão de política fiscal. O CTN não gera direito subjetivo à compensação, mas remete ao legislador ordinário poder de autorizá-la nas condições que entender conveniente.

Não é demais transcrever os ensinamentos de Ricardo Mariz e João Francisco Bianco:

O legislador ordinário tem total liberdade para fixar a forma como os créditos do contribuinte poderão – ou não – ser compensados. Os critérios que nortearão serão aqueles ditados pelas conveniências da política fiscal, não havendo restrição no CTN que limite a atuação estatal. Desse modo, poderá o legislador admitir a compensação apenas de alguns tipos de créditos e não de outros, estabelecer restrições quanto à data de constituição do crédito, quanto à

*origem e até ao seu montante. Não há nada que impeça o legislador de admitir a compensação apenas de parte do crédito do contribuinte, deixando que o restante seja passível de repetição.*¹

No mesmo sentido, o Parecer PGFN/CDN n.º 638/93² há muito lavrado por esta Procuradoria:

A COMPENSAÇÃO NO DIREITO PRIVADO E NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

12. Destarte, não se pode dar à compensação de créditos tributários tratamento jurídico igual ao dispensado à compensação de créditos comerciais e civis, uma vez que as normas aplicáveis aos tributos, inclusive ao indébito tributário, atendem ao regime de Direito Público, o que afasta o regime de Direito Privado, também, no que tange à compensação.

*13. Aliás, é o nosso próprio Código Civil que reconhece a especialidade do regime jurídico aplicável à compensação de créditos tributários, conforme preceitua o seu art. 1.017,ipsis verbis: 'Art. 1.017. As dívidas fiscais da União, dos Estados e dos Municípios também não podem ser objeto de compensação, exceto os casos de encontro **entre a administração e o devedor**, autorizados nas leis e regulamentos da Fazenda.'*

14. O Código Tributário Nacional contempla a compensação como uma das modalidades de extinção do crédito tributário (art. 156, II), mas, em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, o faz, ratificando o preceptivo do art. 1.017, do C.C., e como corolário do art. 97, I, desta Lei Complementar, determinando-lhe regime especial, como se infere do seu art. 170, o qual enuncia que 'a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública'.

*15. A fundamental diferença que despinçamos entre a compensação do Direito Privado e a do Direito Tributário é que esta, **apenas, pode ocorrer na hipótese de lei específica, do ente titular da competência tributária autorizar a autoridade fiscal competente a proceder o encontro de contas entre créditos fiscais com créditos do sujeito passivo contra o Fisco**, observadas as condições e garantias por essa lei específica, estipuladas, ou as estipulações causus per causus atribuídas por ela a autoridade administrativa.*

16. Penso não ser acaciano enfatizar que o art. 170 do C.T.N., como preceito geral de Direito Tributário, é dirigido ao legislador da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo insuficiente, por si só, para conferir ao sujeito passivo da obrigação fiscal direito à compensação, ou, em outras palavras, o sujeito passivo da obrigação tributária não tem, em princípio, direito subjetivo à compensação, inexistindo norma de lei autorizadora específica ou, também, regra regulamentar, prevendo os casos, as condições e as garantias em que a compensação deva ocorrer.

17. Do que foi dito, depreende-se que a compensação relacionada ao crédito proveniente de exigências de natureza fiscal e, como tais, sujeitas ao regime tributário, ao contrário do que sucede com a compensação do regime do Direito Comum, não é obrigatória nem se opera automaticamente.

18. Analisando essas constatações, verifica-se que o sujeito passivo só poderá contrapor seu crédito líquido e certo ao crédito fiscal, como direito subjetivo público seu, no caso de existir norma legal autorizadora do encontro de contas e, ainda, submetendo-se ele aos requisitos de condições e garantias estipulados pela lei específica, ou, nos limites legais, fixados por ato da autoridade fiscal competente, investida de poder discricionário em cada caso concreto.

¹ MARIZ, Ricardo e BIANCO, João Francisco. Imposto de Renda / Questões Principais. Ed. Malheiros, 1992, pg. 90

² DOU n.º 143, de 29.07.01993, Seção I, pgs. 10762/10765

Portanto, é livre o legislador para restringir a compensação de créditos adquiridos de terceiros. E, para esse desiderato, acrescente-se, não é “necessária”, por assim dizer, propriamente liberdade, pois já decorre da própria inteligência do sistema a impossibilidade de compensação de créditos de diferentes origens.

Observe-se, novamente, o *caput* do art. 170, do CTN, *in fine*:

[...]

O dispositivo refere-se a créditos do MESMO sujeito passivo.

Ora, analisando-se o dispositivo acima citado tem-se claro que para que se ultime a compensação pretendida pelo sujeito passivo há de existir identidade de partes entre credor e devedor, nos exatos termos do entendimento firmado pelo I. doutrinador Leandro Paulsen (Direito tributário, Livraria do Advogado, 10ª edição):

“Pressupõe, sempre, créditos recíprocos. Aspecto relevante, que não se pode desconsiderar, são os sujeitos da relação jurídico-tributária. A compensação dá-se entre créditos e débitos que se contrapõem. Deve haver, necessariamente, identidade entre os sujeitos da relação. O credor deve também ser devedor e vice-versa. Não se admite compensar valor devido a uma pessoa com crédito existente perante terceiro.”

Portanto, sem maiores esforços, percebe-se que a compensação de créditos de terceiros não é permitida pelo direito pátrio, motivo pelo qual deve ser reformado o acórdão recorrido, que autorizou a compensação de débitos do contribuinte autuado (IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A) com créditos de sua controladora (ULTRAPAR PARTICIPAÇÕES S/A), que sequer é parte na presente demanda.

Ora, ainda que existisse crédito a ser compensado (o que não há) e que o direito pátrio permitisse a cessão de crédito (o que é vedado), seria necessária a observância de procedimento específico para formalizar a cessão. Note-se que, no presente feito, o Colegiado *a quo* autorizou a compensação de débito da autuada com crédito de sua controladora sem a existência sequer de manifestação de interesse de quem deteria o suposto crédito, desrespeitando o princípio da entidade e a individualidade/autonomia de cada pessoa jurídica, que não se confunde com o grupo econômico que compõe.

Clara está, pois, a necessidade de reforma do acórdão recorrido que autorizou, indevidamente, a dedução, pela empresa autuada, de suposto crédito de sua controladora.

Logo, merece ser restabelecido o lançamento em sua integralidade. (*destaques do original*)

Cientificada em 19/06/2019 (e-fls. 5407), a Contribuinte apresentou contrarrazões em 03/07/2019 (e-fls. 5408/5433) nas quais preliminarmente aponta vício no rito processual que resultou em sua ciência do acórdão recorrido antes da PGFN, de modo que a ciência da rejeição de seus embargos se deu juntamente com a admissibilidade do recurso fazendário e, como consequência, a intimação para apresentação simultânea de contrarrazões ao recurso fazendário e de seu próprio recurso especial. Refere fluxograma extraído do Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial elaborado por este Conselho, bem como o disposto no art. 23 do Decreto nº 70.235/72, para afirmar *que a intimação à Procuradoria da Fazenda Nacional é etapa prioritária do rito processual, de modo que deve ocorrer assim que haja a formalização do acórdão*. Conclui que:

Não obstante, isso não ocorreu no presente processo administrativo, de forma que resta evidenciado verdadeiro desrespeito ao rito processual legalmente previsto, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade da citação da PGFN e, por consequência, não pode ser conhecido o Recurso Especial apresentado.

Opõe-se à admissibilidade do paradigma nº 1301-002.008 porque a discussão lá estabelecida *em muito difere da questão que a Fazenda Nacional busca abordar por meio de seu*

Recurso Especial. Demonstra que o Colegiado a quo entendeu pela impossibilidade de tributação do ganho de capital concomitantemente à glosa da amortização do ágio interno, sob a premissa de que o modo “correto” de transferência dos ativos seria a valor contábil, de modo que inexistiria qualquer ganho de capital passível de tributação, enquanto no paradigma nº 1301-002.008 o que se discutia era se o reconhecimento, pelo contribuinte, de ganho de capital na operação que deu origem ao ágio seria fato suficiente para dar legitimidade a este ágio, garantido a possibilidade de amortização. Entende estar claro nos termos de seu voto condutor que a discussão não versa sobre a possibilidade de se admitir a tributação do ganho de capital, uma vez reconhecida a impossibilidade de dedução do ágio, mas sim, em passo anterior, a legitimidade ou não do ágio gerado naquela operação, abordando o recolhimento sobre o ganho de capital apenas para determinar se a ocorrência deste recolhimento seria fato suficiente (ou relevante) para a apuração a respeito da legitimidade do ágio e consequente possibilidade de amortização.

Não há, no paradigma nº 1301-002.008, qualquer discussão a respeito da necessidade de se reconhecer como indevidos os pagamentos realizados a título de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital, porque sequer havia pedido neste sentido naqueles autos. De outro lado, nestes autos, o que se discute no Recurso Especial ora contrarrazoado não é a legitimidade do ágio – esta, inclusive, já foi afastada pela Turma a quo –, mas sim a necessidade de se admitir a dedução dos valores de IRPJ e CSLL pagos sobre o ganho de capital auferido na operação que deu ensejo ao surgimento do ágio.

Também questiona a admissibilidade do paradigma nº 1302-002.568, porque o contribuinte naquele caso não realizou o recolhimento do IRPJ e da CSLL incidentes sobre o ganho de capital auferido na operação em que foi gerado o chamado “ágio interno”, inclusive impetrando mandado de segurança para depositar judicialmente o tributo devido sobre o ganho de capital, dada a possibilidade de sofrer eventual autuação relacionada à amortização do ágio. Se sequer houve recolhimento, como é possível se cogitar qualquer discussão a respeito da possibilidade de dedução destes valores.

A discussão, no segundo paradigma, não afetará a possibilidade de tributação do ganho de capital concomitantemente à glosa da amortização de ágio interno, mas sim os efeitos do Mandado de Segurança impetrado pelo contribuinte em relação à análise da legitimidade do ágio. E, neste sentido, o outro Colegiado do CARF decidiu que o mandado de segurança era irrelevante para fins de apuração da validade ou não do ágio amortizado, sem qualquer consideração a respeito da necessidade de se reconhecer eventual dedutibilidade dos valores devidos a título de IRPJ e CSLL, inclusive porque também aqui não houve qualquer pleito neste sentido, dado que naquele caso o contribuinte sequer considerava estes valores devidos, impetrando mandado de segurança para não ser cobrada desse valor.

Prossegue defendendo o não conhecimento do recurso fazendário por ausência de legislação tributária interpretada de forma divergente, vez que os dispositivos referidos pela PGFN – arts. 385, 386, 425 e 438 do RIR/99 e arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 – não foram empregados na fundamentação do acórdão recorrido no que tange à controvérsia relativa à impossibilidade de tributação do ganho de capital nas situações em que é reconhecida a indedutibilidade do ágio. A decisão pautada no raciocínio de que uma vez determinada a necessidade de avaliação dos ativos a valor contábil, não haveria qualquer ganho de capital na operação analisada, não traz qualquer citação ou apreciação dos artigos indicados pela Recorrente. Conclui que a Recorrente, diante da ausência de legislação tributária interpretada de forma divergente pelo acórdão recorrido, buscou indicar uma série de artigos genéricos

relativos à disciplina legal conferida ao ágio, que não foram sequer mencionados pela decisão de piso quando da análise do pedido da Recorrida referente à inexistência de ganho de capital.

Caso conhecido o recurso especial, afirma no mérito a *impossibilidade de tributação do ganho de capital concomitantemente à glosa de amortização de ágio interno*, defendendo o raciocínio aplicado pelo Colegiado *a quo* para dar provimento à pretensão da Contribuinte e indicando outros julgados neste sentido (Acórdãos n.º 1402-001.080, 1402-001.103, 1401-000.850 e 1202-001.129). Prossegue defendendo a *possibilidade de compensação dos valores exigidos em face da Recorrida com Tributos Recolhidos por Contribuinte diverso*, observando que a *controvérsia em tela versa a respeito da possibilidade ou impossibilidade de concomitância entre a glosa da amortização do ágio interno e a tributação do ganho de capital auferido na operação que gerou este ágio*, sem alcançar a *possibilidade de “compensação de débitos próprios com débitos de terceiros”*, inclusive porque sequer foi indicado paradigma que mencionasse a questão da compensação.

De toda a sorte, refere julgados de Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais – Acórdãos n.º 9101-002.483 e 9202-002.451 - em favor da *possibilidade de se compensar os valores exigidos em face de um sujeito passivo com os tributos recolhidos por outro contribuinte*, considerando *obrigatório este tipo de aproveitamento nos casos em que a lavratura dos autos de infração decorre de uma desconsideração de negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, pois nesta hipótese é dever da Autoridade Fiscal considerar todos os efeitos deste novo enquadramento dos fatos*. Refere também o precedente n.º 1103-001.016 e conclui *pelo acerto da decisão recorrida*.

Requer, assim, que o recurso fazendário não seja conhecido ou, então, que lhe seja negado provimento.

A Contribuinte também interpôs recurso especial em 03/07/2019 (e-fls. 5619/5664) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 6078/6088, do qual se extrai:

5. Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito, apenas em parte, em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado, por matéria recorrida (destaques do original transcrito):

(1) “nulidade da decisão recorrida – vício de fundamentação”

[...]

6. Com relação a essa primeira matéria, não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por não se tratar de questões que possam ser objeto de Recurso Especial de divergência, voltado que está, este, unicamente, à uniformização da interpretação da legislação tributária, e não à correção de pretensos erros ou ao saneamento de supostos vícios (no caso, *vício de fundamentação*) eventualmente constatáveis no julgado recorrido.

7. De se destacar que, com a edição do novo RI/CARF aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015 — aplicável ao recurso interposto —, esse fato ficou bem ressaltado, pela exigência, constante do § 1º do art. 67 (Anexo II), com a redação dada pela Portaria MF n.º 39, de 2016 (em vigor a partir de 15/02/2016), de que: “*Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.*”

8. O Recurso Especial de divergência não se presta a esse fim — correção de pretensos erros ou saneamento de supostos vícios (no caso, “*vício de fundamentação*”) eventualmente constatáveis no julgado recorrido —, mas, como dito anteriormente, apenas a uniformizar o entendimento da legislação tributária entre as câmaras e turmas que compõem o CARF, sob pena de se converter a CSRF numa terceira instância de julgamento.

(2) “indevida qualificação do ágio como ‘ágio interno’”

Decisão recorrida:

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito comercial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

[...].

Colocando em linhas simples, entendi a existência dos seguintes pontos:

- 1) Criou-se o ágio com o aumento do capital da Ultragaz pelo aporte de ações da Ipiranga e Ipiranga distribuidora.
- 2) Após esta operação a Ultrapar deu baixa no ágio registrado na aquisição da Ipiranga e Ipiranga Distribuidora.
- 3) Ocorre em seguida a incorporação inversa da Ultrapar pela Ipiranga e a Ipiranga distribuidora também foi incorporada pela Ipiranga.

Verifica-se que após todas essas operações ocorreu a consolidação do ágio na Ipiranga que passou a amortiza-lo, sem os impedimentos antes existente. Ou seja, ocorreu a transformação e o incremento de um ágio que somente poderia ser realizado quando da alienação do investimento em um ágio que podia ser abatido de imediato nos resultados auferidos.

Acórdão paradigma nº 9101-003.609, de 2018:

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”.

[...].

A transferência de ágio por meio de operações societárias devidamente registradas, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Acórdão paradigma nº 1402-001.402, de 2013:

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE TRANSFERÊNCIA DO ÁGIO REGULARMENTE CONTABILIZADO DEDUTIBILIDADE.

É dedutível a amortização do ágio quando ocorrido o evento societário de alienação e efetivo desembolso de capital entre partes independentes e lastreadas em expectativa real de rentabilidade futura.

[...].

Agora, o segundo ponto não deve interferir na análise da legitimidade do ágio registrado. Ou seja; as operações subsequentes que permitirão ao contribuinte amortizar o ágio registrado, desde que se trate de operações lícitas e legalmente previstas pelo nosso ordenamento jurídico, não têm o condão de desconstituir a natureza de um ágio legítimo.

9. No que se refere a essa segunda matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

10. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica* [transferência de ágio, esclareço], os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-003.609, de 2018, e 1402-001.402, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *é legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”* (primeiro acórdão paradigma) e que *as operações subsequentes que permitirão ao contribuinte amortizar o ágio registrado* [transferência de ágio, esclareço], *desde que se trate de operações lícitas e legalmente previstas pelo nosso ordenamento jurídico, não têm o condão de desconstituir a natureza de um ágio legítimo* (segundo acórdão paradigma).

(3) “validade do ágio gerado entre partes relacionadas”

Decisão recorrida:

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito comercial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

Acórdão paradigma nº 1301-001.297, de 2013:

ÁGIO - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - EMPRESAS DO MESMO GRUPO - O registro foi expressamente admitido pelo art. 36 da Lei nº 10.637/2002, não podendo a administração tributária recusar-lhe os efeitos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.542/97.

A incorporação, da pessoa jurídica para a qual foi transferido o investimento, pela pessoa jurídica investida, implica realização prevista no § 1º do art. 36 (baixa a qualquer título), fazendo cessar o diferimento do valor controlado no LALUR. A hipótese não se encontra abrangida pela exceção prevista no § 2º do artigo, por não ocorrer transferência da participação ao patrimônio de outra pessoa jurídica, mas sua extinção por confusão patrimonial entre investidora e investida.

[...].

Isto porque, a formação do ágio foi feita nos estritos limites legais previstos pelo Decreto-lei nº 1.598/77, o qual, em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem exige que para a sua formação o investimento seja feita com desembolso de dinheiro e a necessidade de substância econômica.

11. No tocante a essa terceira matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

12. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *o reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de*

transação dentro do mesmo grupo empresarial, o acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1301-001.297, de 2013) decidiu, de modo diametralmente oposto, que o Decreto-lei nº 1.598/77, [...], em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico.

(4) “impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”

Decisão recorrida:

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

Acórdão paradigma nº 1201-001.507, de 2016:

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

[...].

Primeiramente, é importante destacar que os conceitos de propósito negocial e substância econômica carecem de fundamento legal, tornando-se subjetivos e abrangentes. Não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dê substrato.

[...].

Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, desde que utilizados instrumento legais e inexistentes a fraude, simulação ou abuso de direito, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

Acórdão paradigma nº 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

[...].

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso

Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, descrito acima, além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

13. Relativamente a essa quarta matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

14. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *a inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *os conceitos de propósito negocial e substância econômica carecem de fundamento legal, tornando-se subjetivos e abrangentes, ou seja, não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dê substrato* (primeiro acórdão paradigma) e que *a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, [...], além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica* (segundo acórdão paradigma).

(5) “existência do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”

Decisão recorrida:

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

Acórdão paradigma nº 1201-001.507, de 2016:

REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO. EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

[...].

Desta forma, o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio. Já temos importantes precedentes do CARF nesta direção:

[...].

Assim, me parece claro que a simples alegação de ausência de propósito negocial não é suficiente para a glosa da dedução da amortização do ágio, até mesmo porque, desde que utilizados instrumento legais e inexistentes a fraude,

simulação ou abuso de direito, a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial.

Acórdão paradigma nº 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça lícitamente.

15. Com referência a essa quinta matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

16. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *a inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio*, ou seja, *a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial* (primeiro acórdão paradigma) e que *os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio* (segundo acórdão paradigma).

(6) “existência de propósito negocial em face da demonstração de motivos extrafiscais”

[...]

No concernente a essa sexta matéria, não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas.

Enquanto na decisão recorrida não foi possível *vislumbrar elementos a justificar algum propósito negocial do processo*, ou seja, *o único propósito negocial foi o de viabilizar a utilização do ágio pago na aquisição original*, no acórdão paradigma apontado (Acórdão nº 1201-001.507, de 2016), ao contrário, foi demonstrada a *existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal*.

São, pois, situações fáticas distintas, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a similitude fática entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo matéria semelhante, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

Em outras palavras, se é certo que a divergência deve dizer respeito a questão de direito, e nunca a questão de fato, é evidente que, se os fatos são diversos, a interpretação da norma jurídica não pode ser considerada divergente.

Há que se destacar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de ter havido, no caso, *demonstração de motivos extrafiscais*, constitui-se em juízo de mérito próprio, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido:

Não vejo, analisando os aspectos desta operação, vislumbrar elementos a justificar algum propósito negocial do processo. O único propósito negocial foi o de viabilizar a

utilização do ágio pago na aquisição original. Não há outra fundamentação econômica para a realização de todas as operações apresentadas.

Para que se caracterize a existência de propósito negocial, há de ocorrer algum motivo econômico, negocial que justifique a realização de tantas operações. Não é o que se observa no presente caso. Após a aquisição original que gerou o ágio, as demais operações foram feitas dentro do próprio grupo econômico, sem a movimentação de recursos e demonstrando que o único motivo de sua implementação foi o de possibilitar a utilização imediata do ágio.

(7) “existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio”

Decisão recorrida:

ÁGIO INTERNO. AÇÕES CONFERIDAS EM AUMENTO DE CAPITAL DE CONTROLADORA EM PESSOA JURÍDICA “VEÍCULO”. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL

O reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica.

A inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio.

[...].

Não vejo, analisando os aspectos desta operação, vislumbrar elementos a justificar algum propósito negocial do processo. O único propósito negocial foi o de viabilizar a utilização do ágio pago na aquisição original. Não há outra fundamentação econômica para a realização de todas as operações apresentadas.

Acórdão paradigma nº 1102-000.982, de 2013:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

[...].

No caso, há que se reconhecer que, caso a Electro Vidro tivesse incorporado diretamente a Isoladores Santana, ou vice-versa, ter-se-ia obtido o mesmo resultado fiscal conseguido com o uso da empresa veículo. Contudo, segundo o raciocínio do Relator, somente seria oponível ao Fisco o resultado obtido pela incorporação direta.

Dessa forma, seria a simples “descida” do ágio por meio de empresa veículo que tornaria o aproveitamento do ágio indevido, porque evidenciaria propósito preponderantemente tributário.

Não consigo entender o fenômeno dessa forma. Se o propósito fosse somente tributário, bastaria a incorporação direta para garantir o benefício. Se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária.

Acórdão paradigma nº 1302-001.186, de 2013:

GLOSA DE DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Não restando demonstrada a simulação nos atos que levaram à geração e à amortização do ágio, há que lhes reconhecer os efeitos que lhes são próprios e, consequentemente, cancelar a glosa da despesa.

[...].

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

17. Quanto a essa sétima matéria, ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

18. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não há outra fundamentação econômica para a realização de todas as operações apresentadas*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1102-000.982, de 2013, e 1302-001.186, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, *se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária* (primeiro acórdão paradigma) e que *fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais* (segundo acórdão paradigma).

(8) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização”

Decisão recorrida:

BASE DE CÁLCULO. RESULTADO DO EXERCÍCIO AJUSTADO PELAS ADIÇÕES, EXCLUSÕES E COMPENSAÇÕES AUTORIZADAS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DESPESA INEXISTENTE COM AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INTERNO.

Considerando que a base de cálculo da CSLL é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda, ajustado pelas adições, exclusões e compensações autorizadas pela legislação tributária, e tendo em vista que na apuração desse resultado do exercício devem ser considerados apenas os custos, despesas, encargos e perdas correspondentes às receitas e rendimentos auferidos no período, não há como se acatar a dedução de uma despesa inexistente, com amortização do ágio interno, para fins de determinação do resultado do exercício e, em consequência, de apuração da base de cálculo dessa contribuição.

Acórdão paradigma nº 9101-002.310, de 2016:

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

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

19. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

20. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não há como se acatar a dedução de uma despesa inexistente, com amortização do ágio interno, para fins de determinação do resultado do exercício e, em consequência, de apuração da base de cálculo dessa contribuição* (CSLL, esclareço), os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial* (primeiro acórdão paradigma) e que *não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77* (segundo acórdão paradigma).

21. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas.

22. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROponho seja ADMITIDO, EM PARTE, o Recurso Especial interposto.

A Contribuinte apresentou agravo contra a admissibilidade parcial, que foi rejeitado conforme despacho às e-fls. 6126/6140, que lhe foi cientificado em 23/10/2019 (e-fl. 6145);

A Contribuinte relaciona os tópicos de divergência jurisprudencial, indicando os acórdãos paradigmas e, apontando as referências de prequestionamento para, na sequência, abordar no tópico III.1 a matéria *Da nulidade da decisão recorrida – Vício de Fundamentação*, que não teve seguimento em exame de admissibilidade.

No tópico III.2 trata *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”*, asseverando que o fundamento econômico do ágio amortizado *decorre de transações realizadas entre partes independentes*, qual seja, *na aquisição, pelo Grupo Ultra, de companhias do Grupo Ipiranga, realizada no ano-calendário de 2007*. Descreve que *Ultrapar Participações adquiriu, no ano-calendário de 2007, ações da CBPI e da DPPI em três etapas – (i) Aquisição de Controle; (ii) Oferta Pública de Ações; e (iii) Incorporação de Ações –, pelo valor total de R\$ 1.385.736.591,42, passando a ser a controladora integral dessas sociedades e registrando um ágio no valor de R\$ 449.880.806,94, e destaca que estas etapas de aquisição foram realizadas (i) entre partes independentes, (ii) a valor de mercado e (iii) amparadas por laudo de avaliação elaborado pelo Deutsche Bank (fls. 2.969 a 3.068 dos autos), com o devido recolhimento do ganho de capital pelos vendedores, não tendo sido objeto de qualquer questionamento pela Autoridade Fiscal no TVF*. E assim prossegue:

Por esse motivo decidiu-se que as ações da CBPI e da DPPI deveriam ser aportadas na Ultragaz Participações, sociedade constituída em **30/04/1987**, com o objetivo de participar em sociedades do setor de comercialização, exportação, importação, transporte e prestação de serviços de distribuição de qualquer gás e aparelhos para seu uso (vide Doc. 07 da Impugnação).

Nesse momento, considerando-se o que dispõe o já citado artigo 8º, §1º da Lei das S/A, bem como o transcurso de quase um ano desde a aquisição das ações da CBPI e da DPPI pela Ultrapar, foi realizada uma nova avaliação das ações da CBPI e DPPI, tendo

a companhia de auditoria independente concluiu que o valor de mercado desses ativos, na data de avaliação (2008), seria de, aproximadamente, de R\$ 2.230.472.801,525.

Nesse contexto, deliberou-se um aumento de capital da Ultragas Participações no valor de R\$ 2.452.585.237,38, que foi integralizado pela Ultrapar Participações mediante a conferência das ações da CBPI e DPPI, bem como caixa no valor de R\$ 222.112.435,83.

Em decorrência dessa operação, **realizada dentro dos parâmetros de mercado e em estrita observância ao que dispõe a legislação de regência**, a Ultrapar Participações apurou ganho de capital no valor de R\$ 210.453.932,36, equivalente à diferença entre **(i)** o valor que as ações da CBPI e DPPI foram entregues à Ultragas Participações e o **(ii)** valor que esses ativos financeiros estavam contabilizados, o qual foi, reitera-se, **oferecido à tributação**.

Por outro lado, a Ultragas Participações registrou um custo de aquisição dessas ações no valor de R\$ 2.230.472.801,55, que foi desmembrado em **(i)** valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial (R\$ 1.601.432.596,05) e **(i)** ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura (R\$ 629.160.205,20), nos termos do que dispunha o artigo 385 do Decreto nº 3.000/99³ (fl. 52 do TVF).

Assim, com base nesses esclarecimentos fáticos, que foram devidamente comprovados nos autos, explicou-se que **não** poderia prevalecer a qualificação do ágio no valor de R\$ 629.160.205,20, como um “ágio interno”, em especial no que diz respeito à parcela de R\$ 449.880.806,94, tal como pretendido pela Fiscalização no TVF.

Contudo, em que pese a demonstração detalhada de que o ágio analisado nesses autos não poderia ser qualificado como um “ágio interno”, já que seu fundamento econômico teve origem em **transações realizadas entre partes independentes** - isto é, o Grupo Ultra de um lado e os ex-controladores do Grupo Ipiranga de outro - entendeu-se no voto vencedor do acórdão recorrido que a interpretação da Autoridade Fiscal estaria correta.

Para tanto, **concluiu-se que quando há a transferência de um investimento adquirido com ágio dentro de um grupo econômico, surge um “novo ágio”, que deve ser qualificado como um “ágio interno”**.

Isso porque, no equivocado entendimento adotado no voto vencedor do acórdão recorrido, quando uma entidade que adquire um investimento com ágio o transfere para uma outra sociedade do grupo, o ágio originado na transação entre partes independentes é baixado como parcela integrante do custo de aquisição, para fins de apuração do ganho de capital, e não pode ser, portanto, transferido.

Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho do acórdão recorrido no qual é afirmado que o ágio no valor de R\$ 449.880.806,94 milhões, originado quando da aquisição das ações da CBPI e da DPPI pela Ultrapar Participações, foi consumido como parcela do custo de aquisição para fins de apuração do ganho de capital no valor de R\$ 210.453.932,36, de modo que não poderia ser transferido à Ultragas Participações:

“A interessada alega que o Ágio de R\$ 449.880.806,94 gerado entre partes não – relacionadas comporia o ágio amortizado pela IPP no montante de R\$ 629.160.105,50. Cita a SC 132 e SC 288. Acrescenta que a Ultrapar teria oferecido a diferença entre os ágios a tributação.

Ocorre que a Ultrapar efetuou o aumento do capital da Ultragas mediante aporte de ações (e também moeda corrente) e como o próprio contribuinte afirma na impugnação esse ato equivaleria a alienação, diante disso, o ágio de

³ “Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

R\$ 449.880.806,94 deve ser baixado e o ganho na operação deve ser tributado, conforme foi feito.

Esclarecendo, a Ultrapar registrou em sua contabilidade a receita de alienação de bens de R\$ 2.230.472.801,55 e o valor contábil dos bens e direitos alienados de R\$ 2.074.962.470,86. Neste valor, além do valor do investimento R\$ 1.601.432.596,05, está incluído o valor do ágio ainda não amortizado. A diferença entre a receita e o valor contábil (neste incluído o ágio) foi oferecida à tributação. Ou seja, o ágio na aquisição da CBPI e da DPPI foi totalmente baixado no momento da operação de conferência de ações, foi utilizado para reduzir a receita, como custo. Assim sendo, não há que se falar em transferência do ágio para a Ultragaz, mesmo porque o mesmo ágio não poderia ser novamente aproveitado.” (fl. 40)

Assim, com base nesse equivocado entendimento, concluiu-se no voto vencedor do acórdão recorrido que “o ágio registrado na Ultragaz é um novo ágio, gerado dentro do grupo Ultrapar, ágio interno” (fl. 40).

Ponto de extrema relevância e que deve ser aqui destacado é que o entendimento adotado pela Turma Julgadora a quo não decorre do fato de que houve uma reavaliação das ações da CBPI e da DPPI.

Com efeito, a baixa do ágio na Ultrapar Participações, quando da transferência das ações da CBPI e DPPI para a Ultragaz Participações, não possui qualquer relação com o fato de esses ativos terem sido avaliados por um valor superior ao que estavam registrados na contabilidade da Ultrapar Participações.

Prova disso é que se as ações tivessem sido aportadas na Ultragaz Participações pelo mesmo valor que estavam registradas na Ultrapar Participações haveria, de igual maneira, a baixa do ágio⁴.

Portanto, esclareça-se: **qualquer caso de transferência, dentro de um grupo econômico, de investimento adquirido com ágio envolve a baixa do ágio na entidade que inicialmente adquiriu o investimento. Não se trata de uma particularidade do caso concreto!**

Sendo assim, repita-se: **o entendimento adotado no acórdão recorrido é o de que quando há transferência, dentro de um grupo econômico, de um investimento adquirido com ágio de parte independente, existe a extinção do ágio original e o surgimento de um novo ágio, que deve ser qualificado como um “ágio interno”.** (destaques do original)

Assevera que o acórdão recorrido diverge do paradigma nº 9101-003.609 no qual esse Colegiado entendeu que o ágio (i) conservaria o seu fundamento econômico, isto é, não haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “ágio interno”, e, além disso, (ii) seria plenamente dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Complementa que no paradigma analisou-se situação fática similar, consistente na (a) aquisição de investimento com ágio de parte independente (Etapa 01), (b) transferência do investimento adquirido com ágio entre entidades de um mesmo grupo econômico (Etapa 02) e (c) incorporação entre o investimento adquirido com ágio e a sociedade que recebeu esse ativo em razão de aumento de seu capital social (Etapa 03). Contudo, as conclusões foram diametralmente opostas, a evidenciar a divergência jurisprudencial.

Enquanto no acórdão recorrido compreendeu-se que a transferência do investimento adquirido com ágio entre entidades de um mesmo grupo teria como efeito a extinção do ágio original e o surgimento de um “novo ágio”, que seria um “ágio interno”, no paradigma o entendimento que prevaleceu foi que o ágio (i) conservaria o seu fundamento

⁴ A única diferença seria que nesse último caso não haveria ganho de capital, já que o valor da alienação dos ativos, em decorrência do evento de integralização do aumento de capital, seria idêntico ao custo de aquisição desses bens.

econômico, isto é, não haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “ágio interno”, e, além disso, (ii) seria plenamente dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Também no sentido de que quando o investimento adquirido com ágio é transferido dentro de um grupo econômico, há uma transferência do ágio, com a conservação do seu fundamento econômico, e não uma baixa do ágio original e o surgimento de um “novo ágio”, “ágio interno” as etapas da operação realizada apresenta o paradigma nº 1402-001.402, contrário à existência de um “novo ágio”, “ágio interno”, no evento de transferência, dentro de um grupo econômico, de um investimento adquirido de terceiros com ágio. Neste segundo caso, analisava-se se o ágio contabilizado na sociedade Globopar relativo ao investimento na sociedade Globosat, cuja legitimidade não foi infirmada pela Fiscalização, ao ser transferido para a sociedade GB, por meio de operação de integralização de aumento de capital social, conservaria a sua legitimidade.

Afirma similares as situações fáticas analisadas, mas no segundo paradigma o entendimento que prevaleceu nesse precedente foi o de que, sendo legítima a constituição do ágio, as operações subsequentes, que culminaram na transferência desse a outra empresa do grupo, não teriam o condão de desconstituir a natureza desse ágio, inclusive com o reconhecimento expresso no sentido de que nesses casos há a transferência do ágio e não a extinção do ágio original com o surgimento de um “ágio interno”. E arremata:

Sendo assim, conclui-se que para uma mesma situação fática foram conferidos tratamento tributários distintos no voto vencedor do acórdão recorrido de um lado e nos acórdãos paradigmas de outro.

Enquanto no voto vencedor do acórdão recorrido, entendeu-se que na transferência de investimento adquirido com ágio haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “novo ágio”, “ágio interno”, nos acórdãos paradigmas o posicionamento que prevaleceu foi no sentido de que o ágio (i) conservaria o seu fundamento econômico, isto é, não haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “ágio interno”, e, além disso, (ii) seria plenamente dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, restando evidente a existência do dissídio jurisprudencial.

Diante do exposto, considerando-se que o ágio analisado no caso concreto não pode ser qualificado como um “ágio interno”, requer-se o provimento do presente Recurso Especial, para que seja parcialmente reformado o acórdão recorrido, declarando-se nulos os autos de infração por vício de fundamentação ou, caso se entenda que a presente questão se trata de mérito, reconhecendo-se a necessidade de se cancelar tais autos de infração dado que o ágio pago pelo Grupo Ultra na aquisição de sociedades do Grupo Ipiranga foi considerado legítimo pela própria Autoridade Fiscal.

Passando ao tópico III.3 - Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas – caso prevaleça o entendimento de que o ágio ora analisado seria realmente um “novo ágio”, gerado entre partes relacionadas, o que se alega apenas para argumentar, defende que ainda assim não poderá prevalecer o lançamento fiscal, vez que tal entendimento é equivocado e diverge do quanto decidido pelo CARF em outra decisão sobre essa mesma matéria, como é o caso do acórdão paradigma nº 1301-001.297 (Doc. 07), no qual se entendeu ser plenamente legítima a amortização fiscal do ágio gerado entre partes dependentes.

Observa que enquanto no voto vencedor do acórdão recorrido prevaleceu o entendimento de que o “ágio interno” “não [é] aceito para a contabilidade, nem para fins fiscais”, no acórdão paradigma o posicionamento adotado foi o de que a legislação fiscal “em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico”. Reporta que este também é o entendimento aplicado pelo Poder Judiciário,

conforme decisão que transcreve, exarada em Embargos à Execução Fiscal nº 5058075.72.2017.4.04.7100/RS, e pede a reforma parcial do acórdão recorrido, para cancelamento integral dos lançamentos.

Com respeito ao tópico III.4, acerca *Da Impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial*, questiona a *suposta ausência de propósito negocial no caso concreto*, apesar da *demonstração cabal no Recurso Voluntário de que todas as transações questionadas pela Fiscalização, das quais resultou a amortização fiscal do ágio pela Recorrente, foram realizadas dentro de um contexto econômico de expansão das atividades do Grupo Ultra*, apresentando paradigmas no seguinte sentido:

Ocorre que o referido entendimento vai de encontro àquele extraído do acórdão paradigma nº 1201-001.507 (Doc. 08), por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção do CARF manifestou entendimento no sentido de que o “propósito negocial” não é critério válido para se aferir a validade de negócios jurídicos praticados pelos contribuintes. Veja-se:

[...]

Nesse mesmo sentido, cite-se o acórdão paradigma nº 1302-002.045 (Doc. 09):

[...]

Como se vê, enquanto no voto vencedor do acórdão recorrido adotou-se o entendimento de que os atos praticados pelos contribuintes somente seriam válidos quando presente um “propósito negocial”, o posicionamento que prevaleceu nos acórdãos paradigmas foi o de que não há qualquer previsão legal no ordenamento jurídico que respalde tal exigência.

Portanto, comprovada a divergência de interpretação quanto à impossibilidade de aplicação da teoria do propósito negocial no Direito Tributário brasileiro em casos com situações fáticas similares (necessidade de propósito extrafiscal para validação dos negócios jurídicos), requer-se a reforma parcial do acórdão recorrido, com o consequente cancelamento dos autos de infração originários do presente processo administrativo.

No tópico III.5 - *Da Existência de Propósito Negocial em decorrência da Motivação Fiscal* – a Contribuinte refere os mesmos paradigmas indicados no tópico anterior, e assim aduz:

Além dos argumentos expostos nos tópicos anteriores, deve-se destacar que o disposto no voto vencedor do acórdão recorrido diverge também de decisões proferidas pelo CARF no que diz respeito à possibilidade de a economia fiscal ser considerado um propósito negocial suficiente para fundamentar os atos praticados pelos contribuintes.

De fato, por meio do voto vencedor do acórdão recorrido uma parte da Turma Julgadora a quo consignou o entendimento de que a mera busca por uma economia fiscal – ainda que não tenha sido este o fator que justificou a transferência das ações da CBPI e da DPPI para a Ultragaz Participações – não poderia ser considerada um propósito negocial válido para justificar a operação analisada nestes autos.

Contudo, tal entendimento, no sentido de que a busca por uma economia fiscal não poderia ser considerada um propósito negocial válido, destoa do quanto decidido pelo CARF em outras decisões que abordaram esta matéria.

Neste sentido, cite-se o seguinte trecho do acórdão paradigma nº 1201-001.507 (vide Doc. 08), por meio do qual o CARF, de forma acertada, se manifestou no sentido de que a economia fiscal constitui propósito mais que suficiente para caracterizar o fundamento e a validade dos negócios desenvolvidos pelo Contribuinte. Confira-se:

[...]

Nessa mesma linha, veja-se que o acórdão paradigma nº 1302-002.045 (vide Doc. 09) corrobora tal raciocínio:

[...]

Tem-se evidente, assim, a divergência de interpretação trazida nos acórdãos recorrido e paradigmas, tendo em vista que, analisando-se a mesma situação fática (necessidade de propósito extrafiscal para validação dos negócios jurídicos):

- no voto vencedor do acórdão recorrido não se reconheceu como legal a operação por considerar que “o único motivo de sua implementação foi o de possibilitar a utilização imediata do ágio.” (fl. 41); e, por outro lado,
- no acórdão paradigma nº 1201-001.507 constou que “o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio”; e
- no acórdão paradigma nº 1302-002.045 consignou-se expressamente que “o legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros”, bem como que “direito de se auto-organizar, para pagar menos impostos, é sobretudo emanção de uma liberdade individual”.

Deste modo, requer-se que esta E. CSRF, também por esse motivo, determine a reforma parcial do acórdão recorrido, cancelando-se integralmente os autos de infração originários deste processo.

A matéria exposta no tópico III.6 (*Da existência de propósito negocial em face da demonstração de motivos extrafiscais*) não teve seguimento em exame de admissibilidade. Na sequência, no tópico III.7 - *Da existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio*, a Contribuinte aduz que:

Conforme exposto no tópico III.4 desse Recurso Especial, não há na legislação brasileira qualquer dispositivo que permita que as Autoridades Fiscais desconsiderem negócios jurídicos válidos com base na alegação de suposta ausência de propósito negocial ou sustância econômica.

Além disso, como demonstrado no tópico III.5 desta peça recursal, ainda que se pudesse entender que os atos praticados pelos contribuintes somente seriam válidos se possuíssem um propósito negocial, fato é que a busca por uma economia fiscal deveria ser considerada, então, um legítimo propósito.

Contudo, na remota hipótese dessa E. CSRF assim não entender, o que, por óbvio, alega-se apenas para argumentar, deve ser então reconhecido que no caso concreto o propósito negocial está presente em razão da existência de estrutura alternativa que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio.

Nesse ponto, cabe salientar que, conforme demonstrado em detalhes no Recurso Voluntário, não existiam vedações de ordem tributária para que a Ultrapar Participações incorporasse diretamente a CBPI e a DPPI, aproveitando, assim, diretamente o ágio gerado na aquisição desses ativos de parte independente. Contudo, como exposto em detalhes naquele Recurso Voluntário, apesar da inexistência de qualquer vedação na legislação tributária para que essa operação pudesse ser realizada, havia razões extrafiscais que tornavam inviável a adoção dessa estrutura, motivo pelo qual as ações da CBPI e da DPPI foram transferidas à Ultragaz Participações.

Desse modo, argumentou-se que, também por esse motivo, não poderia prevalecer a alegação feita pela Autoridade Fiscal (reiterada pela Delegacia de Julgamento) de que os atos praticados dentro do Grupo Ultra teriam sido implementados apenas para gerar uma economia tributária indevida.

De fato, se o ágio, pelo menos no que diz respeito à parcela de, aproximadamente, R\$ 449 milhões, poderia ser aproveitado sem a prática dos atos questionados pela Fiscalização – isto é, por meio de uma incorporação direta entre a Ultrapar Participações, de um lado, e a CPBI e a DPPI de outro –, como seria possível alegar que as transações tiveram como único propósito a criação de uma economia fiscal que o Grupo Ultra não faria jus?

Contudo, ao analisar a questão, entendeu-se no voto vencedor do acórdão recorrido que a existência de estrutura alternativa, sem a utilização da Ultragaz Participações, e que geraria o mesmo efeito fiscal (i.e., aproveitamento fiscal do ágio), não se prestaria a demonstrar a existência de propósito negocial na operação, já que esse propósito deveria estar presente nas “tantas operações” realizadas. Veja-se:

[...]

Como se vê, o entendimento adotado no voto vencedor do acórdão recorrido foi o de que no exame acerca do propósito negocial não precisariam ser considerados outros cenários que resultariam nos mesmos efeitos fiscais verificados no caso concreto.

Contudo, tal entendimento diverge totalmente do posicionamento adotado no acórdão paradigma nº 1102-000.982 (Doc. 10), por meio do qual a 2ª Turma da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF entendeu que a existência de estrutura alternativa confirmaria a existência de propósito negocial da operação. Veja-se:

[...]

Ainda, no mesmo sentido, confira-se o posicionamento adotado no outro acórdão paradigma nº 1302-001.186 (Doc. 11):

[...]

Como é possível notar, enquanto no voto vencedor do acórdão recorrido entendeu-se que a existência de estrutura alternativa não relevaria a presença de propósito negocial na operação realizada, nos acórdãos paradigmas o posicionamento que prevaleceu foi diametralmente oposto.

Deveras, nos acórdãos paradigmas entendeu o CARF, de forma acertada, que existindo alternativa válida para se alcançar o efeito fiscal objeto de questionamento pela Fiscalização, não há como se considerar que a estrutura adotada pelo contribuinte careceria de propósito negocial.

Assim sendo, requer-se a reforma parcial do acórdão recorrido, com o cancelamento integral do lançamento em questão, aplicando-se ao presente caso o entendimento exposto nos acórdãos paradigmas supracitados, reconhecendo-se que a Recorrente não obteve economia fiscal indevida, até mesmo porque, como exposto, poderia ter adotado operação alternativa que necessariamente levaria ao mesmo efeito fiscal.

Por fim, no tópico III.8, a Contribuinte trata *Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização*, argumenta que *mesmo que pudesse prevalecer o entendimento defendido pela Autoridade Fiscal no TVF, no sentido de que a amortização do ágio no presente caso não estaria respaldada pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, deveria, ainda assim, ser cancelado o auto de infração relativo à CSLL, vez inexistir na legislação fiscal qualquer previsão no sentido de que as despesas de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real também o serão na apuração da base de cálculo da CSLL, que segue regras próprias*.

Aponta como paradigmas os Acórdãos nº 9101-002.310 e 1103-00.630 que reconheceram *inexistir previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio considerada indedutível na apuração do lucro real, afastando a tributação pela CSLL sobre as despesas com amortização de ágio*.

Pede que, *na remota hipótese dessa E. CSRF não entender pelo cancelamento integral dos autos de infração, requer-se, ao menos, que seja determinada a reforma parcial do acórdão recorrido, para que seja cancelado o lançamento fiscal no tocante à exigência da CSLL.*

Finaliza requerendo o conhecimento e o provimento do presente Recurso Especial, para que seja promovida a reforma parcial do acórdão nº 1401-002.883, determinando-se o cancelamento integral dos autos de infração originários desse processo administrativo, com base nos fundamentos de mérito expostos e nos acórdãos paradigmas colacionados.

Os autos foram remetidos à PGFN em 28/11/2019 (e-fls. 6148), e retornaram em 13/12/2019 com contrarrazões (e-fls. 6149/6185) nas quais a PGFN destaca que *a situação fático-jurídica examinada nos presentes autos é absolutamente diversa da observada nos acórdãos paradigmas, vez que no presente feito houve a tentativa do contribuinte de transformar e aumentar um ágio já existente por meio de operações internas, e essa circunstância, que no presente feito foi o ponto central de discussão para analisar a validade da dedução do ágio, não está presente em nenhum dos acórdãos indicados como paradigma pelo sujeito passivo.* Complementa que:

Nesse contexto, considerando: (a) que nenhum dos acórdãos apontados como paradigma trata de situação parecida, que envolva transformação e incremento do ágio, e (b) que o exame de tal peculiaridade foi essencial para o deslinde da presente controvérsia, conclui-se que o recurso do contribuinte não pode ser conhecido por ausência de similitude fático-jurídica no que se refere aos tópicos do recurso de nº 2 (“indevida qualificação do ágio como ‘ágio interno’”), 4 (“impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”), 5 (“existência do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”) e 7 (“existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio”).

Por fim, cumpre destacar que também não pode ser conhecido o item 8 do recurso do contribuinte (“inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização”). Ora, no presente feito a Turma a quo entendeu ser descabida a dedução de uma despesa inexistente. Concluiu que, sendo indedutível o ágio, ele não deveria ter sido utilizado como despesas do exercício. Nesse sentido, confira-se o que constou no voto condutor do julgado recorrido, verbis:

[...]

Tem-se, portanto, que o pressuposto para a dedução de uma despesa é a sua existência, no que todos os acórdãos convergem. No presente feito, concluiu-se que a despesa com ágio interno foi artificialmente criada, inexistindo de fato. Tal circunstância não se observa nos acórdãos indicados como paradigmas, os quais trataram de situação fática diversa, em que as Turmas julgadoras consideraram que as despesas de fato existiam, isto é, que o ágio era válido. A divergência reside, pois, na situação fática, e não na interpretação da legislação tributária. Logo, este ponto também não pode ser alçado ao exame da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em resumo, diante dos requisitos de admissibilidade de recurso especial presentes no Regimento Interno do CARF, a única discussão que, em tese, seria viável no presente feito se refere ao tópico do recurso de nº 3 (“validade do ágio gerado entre partes relacionadas”).

No mérito, defende a manutenção do acórdão recorrido, discorrendo sobre o benefício fiscal previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, e 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 – RIR/99 para concluir inicialmente que:

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99) para ter reconhecida como dedutível a despesa com a sua amortização. A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil, assim como para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

Transcreve o voto condutor do acórdão recorrido, e destaca *que, além de não ser dedutível nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o ágio sob análise não é passível de integrar a conta de resultado por nenhum outro dispositivo que autoriza a dedutibilidade de despesas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

Por tais razões, requer que o recurso especial não seja admitido ou, no mérito, que lhe seja negado provimento, *mantendo-se incólume o lançamento fiscal questionado.*

A Contribuinte apresentou a petição de e-fls. 6190/6201 requerendo *a aplicação imediata do artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002 ao presente caso, incluído pela Lei nº 13.988/2020, com o reconhecimento da extinção integral do lançamento fiscal, em decorrência da improcedência da glosa das parcelas de amortização fiscal do ágio, mantido por meio voto de qualidade*, além de outros pedidos subsidiários, mas seguiu-se o indeferimento nos termos do despacho de e-fls. 6206/6210, cientificado à Contribuinte em 24/07/2020 (e-fl. 6215).

Com o retorno dos autos ao CARF, foram eles incluídos em lote de sorteio e, assim, atribuídos para relatoria dos recursos especiais admitidos por esta Conselheira.

Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

Recurso especial da PGFN - Admissibilidade

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial porque não demonstrada a divergência jurisprudencial em face dos paradigmas indicados, que analisariam questões distintas das verificadas nestes autos, para além de inexistir legislação tributária interpretada de forma divergente. Subsidiariamente apresenta seus argumentos de mérito quanto *à impossibilidade de tributação do ganho de capital concomitantemente à glosa de amortização de ágio interno*, bem como em relação *à possibilidade de compensação dos valores exigidos em face da Recorrida com tributos recolhidos por Contribuinte diverso.*

Preliminarmente, porém, a Contribuinte pede que o recurso fazendário não seja conhecido por nulidade da citação da PGFN depois de sua intimação do acórdão recorrido, a evidenciar *verdadeiro desrespeito ao rito processual*, que lhe impôs, inclusive, a apresentação simultânea de contrarrazões ao recurso fazendário e de seu próprio recurso especial.

É certo que o acórdão recorrido foi primeiro cientificado à Contribuinte, e não à PGFN, como em regra ocorre na hipótese de julgamento de recurso favorável e desfavorável a ambas as partes do processo. No presente caso, diante do provimento parcial do recurso voluntário, a prática comum seria a ciência primeiro à PGFN, mas isto justamente para que, caso haja interposição e admissibilidade de recurso fazendário, os autos sigam para a Unidade de Origem promover uma única ciência ao sujeito passivo com a múltipla finalidade de facultar-lhe a apresentação de contrarrazões e de recurso especial. Assim, o fato de a Contribuinte ter sido provocada a esta prática conjunta não representa, em princípio, qualquer vício processual.

Eventualmente a Contribuinte poderia argumentar que, caso seguido o rito processual padrão, teria ela a possibilidade de opor embargos antes da interposição do recurso especial e, assim, as contrarrazões ao recurso fazendário seriam formalizadas conjuntamente com os embargos, e não com o recurso especial. Contudo, tal prejuízo deveria ter sido arguido e demonstrado, para cogitar-se da necessidade de algum saneamento.

E isso porque a nulidade prevista no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 depende da evidenciação de preterição do direito de defesa, hipótese que não é presumida se inexistir uma regra processual expressa descumprida. Neste sentido, importa esclarecer que os §§ 7º a 9º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, referidos pela Contribuinte, somente se prestam a especificar a forma de intimação dos Procuradores da Fazenda Nacional, e em momento algum classificam tal intimação como *etapa prioritária no rito processual*. Por óbvio, tal intimação deve ocorrer, vez que a PGFN tem legitimidade para recorrer das decisões desfavoráveis à Fazenda Nacional, mas não se vislumbra qualquer vício insanável por tal não se dar *assim que haja a formalização do acórdão*, mormente vício que resulte na supressão do direito da PGFN recorrer, como pretende a Contribuinte ao pedir que seja *reconhecida a nulidade da citação a PGFN e, por consequência, que não seja conhecido o Recurso Especial apresentado*.

Por tais razões, deve ser REJEITADA a preliminar de nulidade da citação da PGFN e de consequente não conhecimento do recurso especial por ela interposto.

Com respeito às demais objeções ao conhecimento do recurso fazendário, importa ter em conta que a questão foi assim decidida no acórdão recorrido, nos termos do voto vencido do Conselheiro Relator Daniel Ribeiro da Silva, nesta parte condutor do julgado:

II – Impossibilidade de exigência concomitante do ganho de capital

Entretanto, subsidiariamente, caso mantido o lançamento por entender tratar-se de ágio interno, entendo que a glosa da parcela do ágio gerado internamente sob a alegação de que não se pode atribuir preço entre partes dependentes, teria como consequência a necessidade de transferência dos ativos a valor contábil, o que acarretaria na inexistência de ganho de capital a recolher. Desta feita, é consequência inafastável reconhecer que o ganho de capital recolhido foi indevido. Há precedentes do CARF nesse sentido:

“GLOSA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO (ÁGIO DE SI MESMO) E CONCOMITANTE TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE.

Todavia, desconsiderados os efeitos tributários da amortização do ágio, em face da artificialidade das operações e da falta de propósito comercial, também não é cabível a concomitante tributação de ofício do ganho de capital apurado nessas operações. Uma vez que o Grupo Empresarial reconheceu tacitamente a impropriedade, desistindo do recurso no que tange a glosa do ágio e respectiva multa de ofício, cumpre cancelar a tributação do ganho de capital, determinando-se sejam escoimados todos os efeitos contábeis e fiscais dessas operações.

(...)

Se há ganho de um lado, que em princípio foi diferido, é porque existe o custo do outro lado, passível de amortização. À medida que a Fiscalização considerou as operações artificiais e simuladas, pelo que não poderia surtir efeitos tributários mormente quanto a amortização do ágio, também não deveria tributar o pretensão ganho de capital, que na verdade não existiu.” (Acórdão nº 1402-01.080.)

Ainda, não subsistindo o ganho de capital, entendo que os tributos recolhidos pela Ultrapar Participações devem ser deduzidos dos supostos créditos tributários constituídos em face da Recorrente, já que se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

O voto vencedor do ex-Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto afirma a *impossibilidade de dedução do ágio gerado nas operações*, mas observa inicialmente que:

O problema a ser analisado no presente processo decorre da configuração da existência ou não do propósito negocial na operação realizada e se a operação teria sido realizada por empresas interdependentes o que ocasionaria a existência de um ágio interno caracterizado pelo aumento dos valores da participação sem a existência de nenhuma movimentação de recursos entre as empresas.

Apesar dos diligentes argumentos apresentados pelo recorrente e os trazidos no voto do ilustre relator um dos argumentos pelo qual a existência do pagamento de ganho de capital na operação seria um elemento importante a viabilizar o propósito negocial da operação.

Quanto a este ponto, **em verdade o ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada.** Veja-se, o ágio pago na primeira operação de aquisição não poderia ser utilizado como despesa para o abatimento dos lucros apurados, só podendo ser utilizado para abater os resultados auferidos em alienação futura. Assim, o único meio possível a viabilizar a amortização do ágio seria a veiculação de uma operação para normalizar essa utilização. *(negrejou-se)*

A Contribuinte observa que nenhum dos paradigmas analisou pedido de aproveitamento dos pagamentos promovidos pela controladora. O acórdão recorrido não relata a defesa que teria alcançado provimento. A única referência ao ganho de capital auferido pela controladora está assim registrado na reprodução dos argumentos de impugnação:

4. Frisou-se que “em razão da diferença entre o valor de mercado das ações da CBPI e DPPI avaliado pela Apsis em 2008 e o custo de aquisição incorrido pela Ultrapar Participações nas três etapas de aquisição destas sociedades em 2007, houve o reconhecimento de um ganho de capital por esta sociedade no valor de R\$ 210.453.932,36 que foi devidamente oferecido à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, conforme informado na DIPJ 2009, referente ao ano-calendário de 2008”. E “de acordo com os fatos narrados pelo Sr. Agente Fiscal no TVF, o Grupo Ultra teria entendido como financeiramente vantajoso o oferecimento imediato à tributação de um ganho de capital no montante de R\$ 210.453.932,36, em prol da amortização fiscal de um ágio diferido em 60 meses. O Fiscal não aplicou a multa de 150% exigida nos casos de ágio interno, confirmando a inexistência de um ágio gerado artificialmente entre partes dependentes. Assim, tendo restado evidenciado que o caso retratado nestes autos não envolve o aproveitamento fiscal de ágio interno e que o Sr. Agente Fiscal fundamentou o lançamento fiscal com base em uma equivocada premissa, resta evidente a nulidade dos autos de infração por vício de motivação/fundamentação”.

O exame do recurso voluntário, porém, evidencia que no tópico em que se argumenta pela *Validade do Ágio Interno para o Direito*, a Contribuinte deduz como pedido subsidiário *o aproveitamento dos valores recolhidos pela Ultrapar Participações sobre os supostos crédito tributários constituídos em face da Recorrente, já que se não houve ágio, é evidente que não ocorreu ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL*, referindo julgados contrários à tributação do ganho de capital em tais circunstâncias. Tal

argumentação é complementada pelas referências em favor da possibilidade de se compensar valores recolhidos por outro sujeito passivo.

Confirma-se, do exposto, que nestes autos houve pedido de aproveitamento dos tributos pagos pela controladora, mediante reconhecimento de que não houve ganho de capital no reverso da operação questionada. Neste contexto, enquanto o voto vencedor refere que o *ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada*, para assim afirmar indevidas as amortizações glosadas, o voto do relator, vencido mas condutor do julgado nesta parte, conclui que o pedido subsidiário da Contribuinte deve ser acolhido porque não há como reconhecer que haveria ganho de capital tributável na controladora.

O paradigma nº 1301-002.008, por sua vez, analisou glosa de amortização de ágio que, segundo alegações do sujeito passivo, teria se formado em *uma reorganização societária em escala global envolvendo diversas outras empresas do grupo em vários países do mundo*, com o objetivo de *transferência do controle da EOL, até então nas mãos da LATAM, nos Estados Unidos, para o ramo francês das empresas do grupo, no caso, a United Technologies France (UTF, sediada na França)*. O outro Colegiado do CARF, teve por *irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente*.

A alegação apresentada em impugnação e reiterada em recurso voluntário está relatada neste paradigma nos seguintes termos:

- destaca que houve o efetivo recolhimento do imposto de renda, em valor de aproximadamente R\$ 50 milhões, aos cofres públicos brasileiros; como se pode imputar artificialismo e falta de propósito negocial a uma operação que resultou em valor tão expressivo de tributo recolhido ao Governo Brasileiro?;

[...]

Sustenta a recorrente que a aquisição da EOL pela EHL teria sido feita a valor de mercado, por imposição das legislações francesas e americana, que teria havido efetivo pagamento em dinheiro de US\$ 151.050.451,00 e recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital pela alienante no montante de R\$ 49.173.870,52. Lembra, ainda, que a legitimidade dessa aquisição, com a formação de ágio, teria sido reconhecida pela decisão de primeira instância.

O voto condutor do paradigma reconhece que houve transferência de caixa interna ao grupo econômico e traz a manifestação acerca da irrelevância do ganho de capital apurado pela “alienante” no seguinte contexto:

O que macula toda a operação é o fato de que se deu internamente a um mesmo grupo econômico. Em assim sendo, não é a existência de um laudo que poderá validar o valor pago. Entendo que a existência de partes independentes e com interesses contrapostos é o que pode validar o laudo, posto que ambas as partes (independentes) o aceitam, uma para pagar, outra para receber. No caso sob análise, as partes não possuem independência, pois são ambas pertencentes ao mesmo Grupo UTC. Da mesma forma, o pagamento, embora não se discuta sua existência, foi feito do ramo francês para o ramo estadunidense do Grupo UTC, ou seja, não houve um efetivo desembolso, se considerarmos o grupo econômico como um todo, mas tão somente uma transferência de caixa. O dinheiro sai do bolso direito e entra no bolso esquerdo.

[...]

A legislação tributária se integra e busca conceitos, portanto, na ciência contábil, pelo que não se pode aceitar que haja conceitos e efeitos distintos de ágio e de custo de aquisição para a contabilidade e para fins tributários. O custo de aquisição deve ser

aquele resultante de efetivo desembolso (sacrifício patrimonial), em operação de mercado, em negócio realizado entre partes independentes. De forma alguma se há de admitir que a mera transferência de valores entre empresas do mesmo grupo possa representar algum sacrifício patrimonial, nem que o valor assim transferido seja representativo de uma operação em condições de livre mercado, ainda que, como no caso concreto, tenha sido suportado por laudo de avaliação. O registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se relaciona a uma receita no futuro. Tenho por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente, conforme afirma a recorrente.

O seguinte excerto das contrarrazões apresentadas pela PGFN (fl. 756, grifos no original) segue essa mesma linha:

Portanto, de acordo com a melhor doutrina sobre o tema, conclui-se que, **sem a aquisição de uma rentabilidade inédita não há como haver o registro contábil de um ágio**, e, assim, ter a sua amortização. **Em termos econômicos**, o registro de um ágio se justifica em face da **aquisição pela empresa de uma riqueza que antes ela não tinha**. Por exemplo, no caso do ágio pautado na rentabilidade de um investimento, **a razão econômica que justifica o seu registro é o fato de a investidora ter adquirido um fluxo futuro que antes ela não possuía**. Assim, de acordo com a Lei nº 9.532/1997, ao adquirir uma **rentabilidade que antes pertencia a terceiros**, o correspondente ágio poderá ser deduzido caso a pessoa jurídica detentora de tal rentabilidade incorpore (ou seja incorporada pela) sua adquirente. Dessa forma, a dedutibilidade do ágio é pautada na **presunção da perda da rentabilidade adquirida de terceiros**.

Vale ressaltar, por oportuno, que tal exigência não necessita estar prevista em lei, **pois decorre do próprio conceito de aquisição**. Isso porque, caso a rentabilidade (ou outro fundamento econômico de um ágio) adquirida por uma empresa não seja de terceiros, será dela mesma, e sendo própria não há como haver aquisição, pois **não é possível alguém adquirir algo que já é seu**.

No caso concreto, como visto, as operações societárias foram integralmente realizadas dentro do grupo econômico (Grupo UTC), em curto espaço de tempo, com transferência de valores entre empresas do grupo, sendo que, ao final das operações, alcançou-se um alegado objetivo empresarial (mudança do controle da EOL do ramo estadunidense para o ramo francês). A única outra alteração foi a apropriação e amortização de “ágio” e consequente redução do resultado tributável da EOL. O “ágio” assim criado, registrado e amortizado é artificial, não corresponde a uma mais-valia surgida em operações de mercado entre partes livres e independentes e confirmada mediante seu pagamento. Não se pode admitir que o cumprimento de um alegado objetivo empresarial interno tenha o condão de produzir um fato capaz de reduzir as bases tributáveis, sem que qualquer nova riqueza tenha sido criada ou algum custo de fato assumido para a aquisição de riqueza externa. *(destaques do original)*

Depreende-se, a partir da defesa apreciada no paradigma, que a decisão nele expressa é convergente com o recorrido, ao afirmar que *o registro do ágio somente se justifica como forma de recuperação de um custo assumido no passado e que se relaciona a uma receita no futuro, tendo por irrelevante, para a solução do caso concreto, que a alienante (LATAM) tenha apurado ganho de capital e recolhido o imposto correspondente*. Este aspecto também foi irrelevante para a conclusão de indedutibilidade das amortizações de ágio, afirmada no voto vencedor do acórdão recorrido, que inclusive ressaltou que *o ganho de capital pago na operação ocorreu como um efeito colateral para dar a aparência de normalidade à operação realizada*.

A solução divergente somente é alcançada no recorrido porque, nestes autos, houve pedido subsidiário de compensação dos tributos pagos pela controladora, distintamente do alegado no paradigma. Veja-se, inclusive, que para deferir esta parcela, o voto condutor do acórdão recorrido exterioriza sua interpretação acerca de outro ponto da legislação tributária, que

não é tangenciada no paradigma, qual seja, *a necessidade de transferência dos ativos a valor contábil* pela controladora, *o que acarretaria na inexistência de ganho de capital a recolher*.

A ausência de interpretação da legislação tributária correspondente no paradigma resta patente quando se vê a argumentação de mérito da PGFN para restabelecer a parcela exonerada pelo acórdão recorrido:

Ora, o valor que justifica o registro do ganho continua a existir na controladora, mesmo com o reconhecimento de que o ágio é indedutível, pois se **trata de reavaliação da participação societária a qual, se fosse feita de forma direta, geraria um ganho de capital passível de tributação na controladora, nos termos do art. 438 do RIR/99, e nenhuma despesa dedutível na controlada. (destacou-se)**

Ao analisar a repercussão do ganho de capital da “alienante” apenas sob a ótica da legitimação, ou não, do ágio amortizado, o outro Colegiado do CARF não adentrou à repercussão, na apuração da “alienante”, do entendimento firmando naquela ótica, e assim não exteriorizou qualquer interpretação da legislação tributária que determina a apuração do ganho de capital em tais circunstâncias, elemento essencial para se cogitar de algum recolhimento indevido como consequência da indedutibilidade das amortizações de ágio.

Com respeito ao paradigma nº 1302-002.568, o tema foi assim abordado no voto vencedor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Por fim, no que concerne a alegação de que teria sido pago inclusive ganho de capital sobre as operações, adota a fundamentação da DRJ, que afastou qualquer efeito concreto quanto aos fundamentos da discussão em tela, verbis:

86. Quanto ao Mandado de Segurança nº 2005.33.00.018586-0 impetrado na Justiça Federal de Salvador pela empresa Griffin contra o Delegado da Receita Federal em Camaçari, os documentos de fls. 1.205 a 1.293 confirmam que seu objeto é imposto de renda incidente sobre eventual ganho de capital auferido pelos controladores estrangeiros nas operações societárias ocorridas em 2005 no Brasil, conforme esclarecido pelas autoridades autuantes (item 134 de fl. 17.983) e não contestado pela impugnante, que apenas afirmou que ao propor referida ação e depositar judicialmente agiu de forma conservadora. Assim, como o objeto deste Mandado de Segurança, que foi denegado em primeira instância, é distinto, seu resultado em nada afetará a lide contida nos presentes autos administrativos.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso quanto à glosa da amortização do ágio

Também aqui vale a reprodução do relato das razões de defesa examinadas no paradigma, lá registradas mediante transcrição da decisão de 1ª instância:

5.44. o fato de o grupo Du Pont ter adotado uma série de operações intermediárias para atingir a consolidação final das empresas não altera a absoluta validade e legalidade dos efeitos gerados na reorganização societária, pois todos os passos adotados foram compatíveis e estritamente relacionados ao objetivo final das operações;

5.45. a justificativa de que a impugnante efetuou as operações com o único fim de auferir benefícios fiscais é incorreta, pois, ao decidir unificar as empresas em uma só entidade para reduzir os custos envolvidos em seu gerenciamento, produção e distribuição de caixa, optou por perder prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas acumulados das empresas incorporadas da ordem de 331,5 milhões de reais;

5.46. a título demonstrativo, junta cópia do recibo de entrega da DIPJ ano-calendário 2005 da empresa Du Pont Performance Coatings S/A e de sua ficha 56 A que contém o saldo de base de cálculo negativa de CSLL (fls. 236 a 238);

5.47. “não obstante isso, no momento em que se constatou que poderia haver discussão com relação à posição adotada, a Fiscalizada ajuizou o Mandado de Segurança nº 2005.33.00.0185860 perante a Justiça Federal de Salvador (BA), no qual efetuou o depósito judicial referente ao Imposto de Renda sobre Ganho de Capital supostamente devido na operação para evitar qualquer cobrança, no valor de R\$176.156.620,82 (...), demonstrando que a Fiscalizada agiu de forma conservadora”;

Esclareça-se, por oportuno, que na reunião de fevereiro/2024, este Colegiado acordou em admitir este mesmo paradigma - 1302-002.568 – para caracterização de dissídio jurisprudencial semelhante ao aqui suscitado pela PGFN. Contudo, o recurso especial fazendário havia sido dirigido contra decisão exarada em face da mesma operação, admitindo não apenas a dedução do imposto pago - no caso retenção na fonte por atualização de valor de investimento estrangeiro no Brasil – mas sim a redução das bases tributáveis apuradas com a glosa da amortização do ágio interno pelo valor do ganho de capital submetido a tributação. Assim, compreendeu-se que a decisão do paradigma nº 1302-002.568 caracterizaria divergência jurisprudencial por negar qualquer efeito à alegada apuração de ganho de capital no reverso do reconhecimento do ágio interno cujas amortizações foram glosadas, mormente tendo em conta que o tributo incidente sobre o ganho de capital havia sido depositado judicialmente.

No presente caso, a abordagem do paradigma nº 1302-002.568 é insuficiente para caracterizar a divergência em face de operação na qual, inclusive, o Colegiado *a quo* firmou a necessária transferência do investimento a valor contábil entre as empresas do mesmo grupo no Brasil. À semelhança do paradigma anterior, vê-se que o outro Colegiado do CARF não foi provocado a decidir quanto à possibilidade de aproveitamento do tributo pago pela controladora, o que necessariamente exigiria manifestação acerca do procedimento por ela adotado para determinação das bases tributáveis, com vistas à averiguação do indébito passível de aproveitamento com os tributos devidos em razão da amortização fiscal do ágio na investida.

Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevralgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Subsidiariamente esta Conselheira adicionou que, caso se vislumbrasse dissídio jurisprudencial acerca da existência, ou não, de ganho de capital e de consequente recolhimento indevido na parte reversa da operação que enseja o ágio cujas amortizações foram glosadas, caberia notar que a PGFN deduz argumentos subsidiários de mérito sem a demonstração do correspondente dissídio jurisprudencial, quando passa a discorrer sobre a vedação legal à *compensação de débitos próprios com crédito de terceiros*. Assim, esta segunda vertente argumentativa contaria com óbices adicionais para negativa de seu conhecimento. Contudo, bastou a primeira vertente argumentativa para se concluir pela impossibilidade de conhecimento do recurso fazendário.

Deve ser NEGADO CONHECIMENTO, portanto, ao recurso especial da PGFN.

Registre-se, porém, que em razão da admissibilidade parcial do recuso especial da Contribuinte e do seu provimento parcial, exposto na sequência, este Colegiado concluiu pela necessidade de reexame da extensão da dedução dos valores pagos na operação de ganho de capital, antes admitida em face da subsistência das glosas de amortizações de ágio classificado como interno. Assim, a negativa de conhecimento do recurso especial da PGFN não resultará na definitividade do direito à dedução declarado no acórdão recorrido, porque concomitante com a reforma da premissa decisória do acórdão recorrido que resultara na manutenção das exigências que seriam reduzidas por tal dedução.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

A PGFN contesta a admissibilidade do recurso especial, vez que os paradigmas tratariam de situações fáticas distintas, dado: (a) *que nenhum dos acórdãos apontados como paradigma trata de situação parecida, que envolva transformação e incremento do ágio, e (b) que o exame de tal peculiaridade foi essencial para o deslinde da presente controvérsia*. Opõe-se ao conhecimento dos tópicos do recurso de nº 2 (*“indevida qualificação do ágio como ‘ágio interno’”*), 4 (*“impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial”*), 5 (*“existência do propósito negocial em decorrência da motivação fiscal”*) e 7 (*“existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio”*), bem como do item 8 (*“inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização”*), na medida em que a decisão tem por premissa a dedução de uma despesa inexistente. Admite, assim, que a única discussão viável seria aquela do tópico do recurso de nº 3 (*“validade do ágio gerado entre partes relacionadas”*).

Observa-se no recurso especial da Contribuinte que a discussão pretendida nos tópicos III.4, III.5, III.7 e III.8 pode ser compreendida como subsidiária ou complementar, buscando a reversão da decisão recorrida – integralmente ou apenas em relação à CSLL no item III.8 – caso não acolhidas as pretensões deduzidas nos itens III.2 e III.3, ou para afastar algum argumento que subsista a impedir esse acolhimento. Isto porque no tópico III.2 a Contribuinte pretende desconstituir a premissa inicial do acórdão recorrido, no sentido de que o ágio seria interno, e defende que houve transferência do ágio pago na aquisição das investidas em períodos passados, motivo pelo qual a premissa inválida adotada pela autoridade fiscal viciaria toda a glosa promovida. Já no tópico III.3, caso prevaleça o entendimento de o ágio ser interno, a Contribuinte busca o amparo à dedutibilidade fiscal do ágio formado em tais circunstâncias. Nestas duas matérias, o provimento do recurso especial poderia ser suficiente para reverter o

acórdão recorrido e não demandar o exame das demais matérias. Assim é que, os tópicos seguintes passam a confrontar fundamentos do acórdão recorrido que não são autônomos e foram analisados no contexto da operação examinada e sob a premissa inicialmente fixada de o ágio ser interno. Dessa forma, a divergência jurisprudencial nestes pontos somente se verificará se as operações analisadas nos acórdãos comparados forem semelhantes ou se algum paradigma tratou a questão de forma autônoma, independentemente do contexto fático sob análise.

Assim, importa confirmar a admissibilidade de todas as matérias para melhor precisar as divergências jurisprudenciais que, se demonstradas, devem ser solucionadas por este Colegiado.

No tópico III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”* - o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

10. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial, em operação de aumento de capital da controladora em empresa veículo com ações da pessoa jurídica* [transferência de ágio, esclareço], os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-003.609, de 2018, e 1402-001.402, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *é legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa “veículo”* (primeiro acórdão paradigma) e que *as operações subsequentes que permitirão ao contribuinte amortizar o ágio registrado* [transferência de ágio, esclareço], *desde que se trate de operações lícitas e legalmente previstas pelo nosso ordenamento jurídico, não têm o condão de desconstituir a natureza de um ágio legítimo* (segundo acórdão paradigma).

A Contribuinte relata as operações ocorridas em 2007, que teriam resultado na aquisição de investimentos com ágio, e pretende confrontar a conclusão do acórdão recorrido de *que quando há a transferência de um investimento adquirido com ágio dentro de um grupo econômico, surge um “novo ágio”, que deve ser qualificado como um “ágio interno”*. Destacando o entendimento expresso no voto condutor do acórdão recorrido de que *o ágio na aquisição da CBPI e da DPPI foi totalmente baixado no momento da operação de conferência de ações, foi utilizado para reduzir a receita, como custo*, a Contribuinte esclarece que *qualquer caso de transferência, dentro de um grupo econômico, de investimento adquirido com ágio envolve a baixa do ágio na entidade que inicialmente adquiriu o investimento*, e assim esta não seria uma peculiaridade do acórdão recorrido que pudesse impedir a comparação com a decisão dos paradigmas.

O ágio original é referido no valor de R\$ 449.880.806,94 e o ágio formado a partir da baixa dos investimentos e apuração do ganho de capital pela controladora representa R\$ 629.160.205,20. O voto vencedor do acórdão recorrido refere a decisão de 1ª instância que menciona o registro de ágio de R\$ 483.974.000,00 em 18/03/2007, quando o grupo Ultrapar adquiriu o controle de empresas do grupo Ipiranga, e também consigna que *este ágio não está sendo discutido nestes autos, porque a parcela do ágio relativa a CBPI e DPPI foi baixada no momento do aporte das ações destas empresas na Ultragaz*. A decisão de 1ª instância registra que na operação realizada em 31/10/2008, é gerado ágio de R\$ 558.378.482,19 referente ao investimento em CBPI e de R\$ 70.781.723,31 referente à DPPI, e expressa conclusão de que *o ágio registrado na Ultragaz é um novo ágio, gerado dentro do grupo Ultrapar, ágio interno, não aceito para a contabilidade, nem para fins fiscais*.

O relator vencido consignou que:

Diante deste contexto fático, não vejo como não concordar com a Recorrente no sentido que o ágio de R\$ 629.160.205,20 corresponde ao ágio anteriormente registrado originalmente pela Ultrapar Participações no valor de R\$ 449.880.806,94, somado a uma segunda parcela no montante de R\$ 179.279.398,26, decorrente da nova avaliação das ações de mercado da CBPI e DPPI.

Houve, portanto, uma transferência do ágio antes escriturado pela ULTRAPAR para a ULTRAGAZ, vez que o ativo gerador do ágio passou a ser de sua propriedade.

Assim é que, não há como concordar com o autuante no sentido de simplesmente desconsiderar o ágio anteriormente existente e considerar o ágio escriturado pela ULTRAGAZ como um novo ágio interno.

Ora, é até possível se questionar se os R\$ 179.279.398,26 da nova transferência da CBPI e DPPI se constituem ou não em parcela gerada através de empresas de um mesmo grupo, mas não os R\$ 449.880.806,94 gerados anteriormente, em operações reconhecidamente legítimas pelo autuante.

Contudo, o ex-Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto assim orienta o entendimento prevalente no acórdão recorrido, na sequência da transcrição da decisão de 1ª instância:

Na verdade, a análise procedida pela Delegacia de Julgamento reproduz o meu entendimento pelo que foi apreendido nos autos do processo e durante as discussões do julgamento.

Colocando em linhas simples entendi a existência dos seguintes pontos:

- 1) Criou-se o ágio com o aumento do capital da Ultragaz pelo aporte de ações da Ipiranga e Ipiranga distribuidora.
- 2) Após esta operação a Ultrapar deu baixa no ágio registrado na aquisição da Ipiranga e Ipiranga Distribuidora
- 3) Ocorre em seguida a incorporação inversa da Ultrapar pela Ipiranga e a Ipiranga distribuidora também foi incorporada pela Ipiranga

Verifica-se que após todas essas operações ocorreu a consolidação do ágio na Ipiranga que passou a amortiza-lo, sem os impedimentos antes existente. Ou seja, **ocorreu a transformação e o incremento de um ágio que somente poderia ser realizado quando da alienação do investimento** em um ágio que podia ser abatido de imediato nos resultados auferidos.

Não vejo, analisando os aspectos desta operação, vislumbrar elementos a justificar algum propósito negocial do processo. O único propósito negocial foi o de **viabilizar a utilização do ágio pago na aquisição original**. Não há outra fundamentação econômica para a realização de todas as operações apresentadas.

Para que se caracterize a existência de propósito negocial, há de ocorrer algum motivo econômico, negocial que justifique a realização de tantas operações. Não é o que se observa no presente caso. **Após a aquisição original** que gerou o ágio, as demais operações foram feitas dentro do próprio grupo econômico, sem a movimentação de recursos e demonstrando que o único motivo de sua implementação foi o de possibilitar **a utilização imediata do ágio**.

Pelo exposto, com base nos fundamentos acima, voto por negar provimento ao recurso, devendo ser mantida a decisão de Piso no que toca à impossibilidade de dedução do ágio gerado nas operações. (*destacou-se*)

Constata-se, nestes termos, que o Colegiado *a quo* se opôs à amortização do ágio por não admitir a **transferência e o incremento** resultantes das operações realizadas. Assim, ao menos em relação a uma parcela do ágio transferido – indicada pela Contribuinte como originalmente equivalente a R\$ 449.880.806,94 – cujas amortizações foram inadmitidas, a decisão do Colegiado *a quo* poderia evidenciar divergência jurisprudencial em face de

paradigmas que discordam da constituição de um novo ágio a partir da transferência entre pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico.

Importa atentar, porém, que a Contribuinte assim conclui a demonstração da divergência jurisprudencial nesta matéria:

Enquanto no voto vencedor do acórdão recorrido, entendeu-se que na transferência de investimento adquirido com ágio haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “novo ágio”, “ágio interno”, nos **acórdãos paradigmas o posicionamento que prevaleceu** foi no sentido de que o ágio **(i)** conservaria o seu fundamento econômico, isto é, não haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “ágio interno”, e, além disso, **(ii)** seria plenamente dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, restando evidente a existência do dissídio jurisprudencial.

Diante do exposto, considerando-se que o ágio analisado no caso concreto não pode ser qualificado como um “ágio interno”, requer-se o provimento do presente Recurso Especial, para que seja parcialmente reformado o acórdão recorrido, declarando-se nulos os autos de infração por vício de fundamentação ou, caso se entenda que a presente questão se trata de mérito, reconhecendo-se a necessidade de se cancelar tais autos de infração dado que o ágio pago pelo Grupo Ultra na aquisição de sociedades do Grupo Ipiranga foi considerado legítimo pela própria Autoridade Fiscal.

Nestes termos, ao defender que o ágio original possa ser transferido sem ser classificado como um “novo ágio” ou “ágio interno”, a Contribuinte pretende que o lançamento seja declarado nulo *por vício de fundamentação* ou, então, que seja cancelada a exigência porque a própria autoridade fiscal teria considerado legítimo o *ágio pago pelo Grupo Ultra na aquisição de sociedades do Grupo Ipiranga*. Como se vê, está pressuposto nesta abordagem que a acusação fiscal limitou a motivação da glosa ao fato de a amortização ter por objeto o “novo ágio”, constituído internamente ao grupo econômico. Contudo, as consequências desta ocorrência não são enfrentadas no voto vencedor do acórdão recorrido, vez que lá se concordou com a motivação fiscal para a glosa.

É certo que o voto vencido enfrenta com maior amplitude a questão, como se vê na transcrição seguinte:

Em decorrência da aquisição das ações da CBPI e DPPI, a Ultrapar Participações registrou ágio com base em expectativa de rentabilidade futura, respaldado em laudo de avaliação elaborado pelo Deutsche Bank (fls. 2.969 a 3.068 dos autos), no valor de R\$ 449.880.806,94. O ganho de capital auferido pelos antigos acionistas foram levados a tributação, segundo alegações da Recorrente, o que não foi rebatido pelo agente fiscal no curso da fiscalização.

Este ágio foi considerado legítimo pela autoridade fiscal. Por sua vez, quando da incorporação das ações da CBPI e DPPI a ULTRAPAR efetuou a baixa do referido ágio. Isto porque, entendeu que em equiparando-se a incorporação de ações a uma aquisição, tal ágio faz parte da avaliação dos ativos adquiridos, razão pela qual a ULTRAGAZ registrou o ágio anteriormente registrado pela ULTRAPAR.

Por outro lado, entende o agente fiscal que ao dar baixa no ágio a ULTRAPAR optou por deixar de usufruir de uma amortização de aproximados 450 milhões de reais, e que a operação realizada entre partes interligadas teria gerado um novo ágio, esse sim um ágio interno.

Neste ponto, ressalte-se, desde já, que coaduno do entendimento da Recorrente no sentido de que a incorporação de ações consiste em efetiva operação de alienação, vez que há efetivo conteúdo econômico.

Diante deste contexto fático, não vejo como não concordar com a Recorrente no sentido que o ágio de R\$ 629.160.205,20 corresponde ao ágio anteriormente registrado originalmente pela Ultrapar Participações no valor de R\$ 449.880.806,94, somado a

uma segunda parcela no montante de R\$ 179.279.398,26, decorrente da nova avaliação das ações de mercado da CBPI e DPPI.

Houve, portanto, uma transferência do ágio antes escriturado pela ULTRAPAR para a ULTRAGAZ, vez que o ativo gerador do ágio passou a ser de sua propriedade.

Assim é que, não há como concordar com o autuante no sentido de simplesmente desconsiderar o ágio anteriormente existente e considerar o ágio escriturado pela ULTRAGAZ como um novo ágio interno.

Ora, é até possível se questionar se os R\$ 179.279.398,26 da nova transferência da CBPI e DPPI se constituem ou não em parcela gerada através de empresas de um mesmo grupo, mas não os R\$ 449.880.806,94 gerados anteriormente, em operações reconhecidamente legítimas pelo autuante.

Outrossim, não iria a Recorrente simplesmente sacrificar um ágio legítimo em montante de quase meio bilhão de reais.

Como o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição, ao meu ver é conclusão lógica que o referido ágio decorrente da aquisição da CBPI e DPPI componham a sua avaliação e sigam a empresa investida. Caso contrário, não haveria como amortizar o ágio

Entender de forma contrária seria engessar operações societárias e reestruturações legítimas, vez que a ULTRAPAR certamente não realizaria tal operação se fosse ter um prejuízo de meio bilhão de reais.

Ainda, cumpre reiterar que, como base da própria acusação, ULTRAPAR era a controladora da ULTRAGAZ e da CBPI e DPPI, assim é que, ao menos quanto ao ágio gerado na aquisição destas, não haveria lógica econômica ou empresarial de simplesmente dispensar um ágio que poderia ser legitimamente amortizado dentro do mesmo grupo.

A lógica do fisco da inexistência de partes independentes não pode valer tão somente para autuar.

Não há lógica econômica, tributária ou financeira que justifique a tese do fisco de que a recorrente dispensou um ágio legítimo para constituir um ágio interno supostamente duvidoso.

Assim é que, entendo que no que se refere aos R\$ 449.880.806,94 não há o que se falar, absolutamente, em um novo ágio gerado internamente após a incorporação das investidas na ULTRAGAZ.

Ocorre que, em que pese tenha uma posição formada acerca da possibilidade de transferência do ágio, por ausência de vedação legal, o fato é que o TVF partiu de premissa equivocada, qual seja, de que se trataria de novo ágio gerado internamente, quando, em verdade, ao menos em sua grande parte, se trata do mesmo ágio, que foi transferido da ULTRAPAR para a ULTRAGAZ, seguindo as empresas investidas e possibilitando sua amortização contra os lucros que deram causa à expectativa de rentabilidade futura.

Por sua vez, entendo que não posso adentrar ao mérito da legalidade da referida transferência de ágio, por entender que estaria inovando o lançamento, que sequer tratou do assunto.

Assim é que, quanto a esta parcela do ágio, concluindo que não se trata de um ágio novo, ou de um ágio gerado internamente, mas sim do mesmo ágio gerado na aquisição da CBPI e DPPI (reconhecidamente legítimo pelo autuante), entendo assistir razão ao Recorrente, razão pela qual dou provimento ao recurso nesse ponto.

Resta, portanto, a parcela de ágio no valor de R\$ 179.279.398,26 gerada em razão da nova avaliação e transferência da CBPI e DPPI para a ULTRAGAZ.

Ora, partindo-se da premissa que já assumi, no sentido de que a integralização de ações nada mais é que uma operação de alienação, não há como negar que houve o pagamento ou efetivo sacrifício econômico.

Contudo, para atribuir a consequência pretendida, de anulação do lançamento, ao entendimento intermediário do voto vencido, no sentido de que *no que se refere aos R\$ 449.880.806,94 não há o que se falar, absolutamente, em um novo ágio gerado internamente após a incorporação das investidas na ULTRAGAZ*, necessário seria que os paradigmas operassem sob parâmetros semelhantes de acusação fiscal.

Logo, com respeito à parcela do ágio que teria sido transferida – originalmente apurada em R\$ 449.880.806,94 – acerca da qual o Colegiado *a quo* concordou com a imputação fiscal de que se trataria de um novo ágio, a caracterização da divergência jurisprudencial com o alcance pretendido pela Contribuinte dependeria de os paradigmas não só afastarem a constituição de um novo ágio nesta transferência, como também cancelarem o lançamento por ser esta a única motivação fiscal para a glosa. Sem esta amplitude, o dissídio jurisprudencial poderia, apenas, resultar na reversão da premissa condutora do acórdão recorrido e, eventualmente, demandar o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para decisão acerca das glosas das amortizações do ágio em novo marco interpretativo acerca da natureza do ágio originalmente pago, sob pena de esta instância especial ser a primeira a se manifestar acerca da inexistência de outros fundamentos, na acusação fiscal, para sustentação da glosa, impedindo a parte contrária de suscitar divergência jurisprudencial acerca de eventual (im)possibilidade de inovação do lançamento, e inclusive revolvendo provas dos autos para confirmar que o fundamento reformado seria o único a sustentar a exigência.

O paradigma nº 9101-003.609 recentemente foi rejeitado por este Colegiado para caracterização de dissídio jurisprudencial em face de operação na qual investimento adquirido com ágio foi transferido para empresa veículo com vistas *à segregação das atividades financeiras das não-financeiras da recorrente, de modo a viabilizar sua transformação em instituição financeira*. O Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli assim ponderou no voto condutor⁵ do Acórdão nº 9101-006.291:

Dedutibilidade, para fins fiscais, das quotas de amortização de ágio

Do voto vencido do acórdão ora recorrido extrai-se o quanto segue:

[...]

E do voto vencedor transcrevo as seguintes passagens:

[...]

A ementa do acórdão recorrido, por sua vez, registra que *é indedutível para fins de apuração do lucro real o ágio transferido artificialmente da investidora para a investida por meio de sequência de alterações societárias*.

Comparando, então, os votos em questão (vencido x vencedor), percebe-se que prevaleceu o entendimento de que a **transferência de ágio** para empresa veículo revelaria conduta que buscou burlar *requisito essencial para que se aplique a norma de exceção que confere a dedutibilidade veiculada pela Le nº 9.532/97, qual seja, a falta de confusão patrimonial entre a investida e a investidora*.

⁵ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira, que votaram pelo conhecimento. Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Além disso, também é possível aferir que o entendimento pela necessidade de constituição da *empresa veículo Sobraser*, que havia sido reconhecida pelo voto vencido, não foi seguido pela maioria qualificada da Turma Julgadora *a quo*.

Pois bem.

Da ementa do *primeiro paradigma* (Acórdão nº **9101-003.609**) extrai-se que:

ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO. DEDUTIBILIDADE.

É legítima a transferência do investimento com ágio, notadamente quando existentes restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa veículo.

E do voto condutor transcrevo as seguintes passagens:

(...)

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

Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo". O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria "abuso" do poder de controle caso o contribuinte não constituísse a "empresa veículo" em discussão nestes autos:

(...)

Nesse sentido, é o parecer do Dr. Antonio Ganin acostado aos autos pelo contribuinte, explicitando as razões extrafiscais que justificaram a reorganização societária efetuada pela contribuinte:

A operação pretendida pela Receita Federal do Brasil (RFB), pela qual a controlada CTEEP incorpora a ISA Capital do Brasil, encontra dois impedimentos para sua realização. O primeiro de ordem societária, pois a operação da forma pretendida pela RFB caracterizaria ato abusivo do poder de controle por parte da CTEEP, conforme previsto no art. 15 da Instrução CVM nº 319/1999, o que seria considerado infração grave para os efeitos do § 3º, do art. 11, da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 17, dessa Instrução CVM. O segundo de ordem regulatória, pois, conforme já exposto, a ANEEL não aceitaria que a dívida da controladora, contraída justamente para a aquisição da controlada, fizesse parte do acervo líquido a ser vertido para a CTEEP por meio da incorporação de sua controladora, trazendo para a concessionária de serviço público de energia elétrica uma dívida que é do acionista.

A esse respeito, são precisas as considerações do Conselheiro Gerson Macedo Guerra (acórdão **9101-003.362**), em voto vencido - proferido no processo do mesmo contribuinte recentemente julgado que acompanhei àquela ocasião:

(...)

Vê-se, pois, que a incorporação direta da ISA Capital apenas não foi implementada em razão de proibições que o próprio Governo Federal, do qual a RFB faz parte, determinou (normas da CVM e ANEEL). Tais proibições decorreram da impossibilidade de transferência, pela Isa Capital à Contribuinte Recorrente, do forte endividamento decorrente dos recursos captados de terceiros (emissão de dívida no mercado internacional) para a aquisição da Contribuinte Recorrente no processo de privatização. Essas proibições, importa desde já destacar, são o verdadeiro propósito negocial da validade da estrutura implementada pela Contribuinte Recorrente.

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei n.º 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto n.º 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei n.º 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

Nota-se, assim, que o *primeiro paradigma*, analisando operação de aquisição de participação societária em um contexto de privatização, admitiu a transferência de ágio para empresa veículo ante a *imposições da CVM e ANEEL que justificam - por questões societárias e regulatórias - a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da "empresa veículo"*.

Trata-se, assim de circunstância fática determinante para o desfecho daquele caso, mas que aqui não se faz presente, prejudicando a comparabilidade das decisões para a finalidade pretendida pela Recorrente.

Em outro precedente, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli também rejeitou este paradigma, mas porque a discussão no recorrido se dava em razão de a integração da *holding* na operação estar presente na contratação prévia para aquisição da participação societária com ágio. Neste sentido foi a ponderação posta no voto condutor⁶ do Acórdão n.º 9101-006.049:

Outro fato que chama atenção é o de que os fundamentos da *ausência de confusão patrimonial e ilegitimidade de empresa veículo*, nesse caso particular, não se limitaram à *origem* dos recursos financeiros empregados na aquisição do investimento que gerou o ágio (do Banco Société Générale Brasil, e não Trancoso) e ao uso de uma *holding* desprovida de “propósito negocial” (Trancoso), respectivamente, levando em conta também a circunstância específica do contrato de compra e venda, que foi celebrado entre Banco Société Générale Brasil e Banco Cacique em momento anterior à aquisição da Trancoso.

Em síntese, a interpretação de que o instrumento contratual proibiria uma alteração substancial no negócio, somada ao fato de "Trancoso Participações Ltda" ter recebido o aporte de capital de Banco Société Générale Brasil somente depois da assinatura contratual e da autorização do Banco Central, foram considerados fundamentos adicionais suficientes para manutenção da glosa.

A solução do litígio, portanto, partiu da análise de situação que, por apresentar peculiaridades específicas, afastam, para os fins pretendidos pela recorrente, a necessária similitude com os Acórdãos *paradigmas* 1201-002.247 (fls. 1.008/1.030) e 9101-003.609 (fls. 1.035/1.062). (*destaques do original*)

Aquele paradigma, n.º 9101-003.609, já foi rejeitado em várias outras análises de conhecimento de recurso especial em razão de sua decisão estar condicionada à existência de restrições regulatórias. Para além disso, na declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no referido paradigma, tais restrições regulatórias são desmerecidas como motivo para admissibilidade da operação, sendo indicadas outras razões específicas para desconstituir o lançamento lá analisado:

A Autuada procura demonstrar que a utilização dessa nova empresa possuía propósito negocial, tendo ocorrido em razão de questões regulatórias. Discordo de tal entendimento, uma vez que a interposição de ISA Participações se deu com exclusivo escopo tributário. Não havia qualquer obrigação de ordem societária ou regulatória que impusesse a confusão patrimonial entre investida e investidora. O que havia, isso sim,

⁶ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício) e votou pelas conclusões quanto à matéria “utilização de empresa veículo” a conselheira Livia De Carli Germano.

era uma impossibilidade de que isso pudesse ocorrer em razão de limitações de ordem regulatória. Nesse cenário, com o único intuito de amortizar o ágio em questão, interpôs-se ISA Participações, sem sombra de dúvida uma “empresa veículo” e de existência efêmera, a fim de que se pudesse transferir o investimento a essa empresa de modo a contornar as limitações regulatórias e, a todo custo, no entender do contribuinte, iniciar a amortização do ágio.

Veja-se que o presente cenário diferencia-se do “Caso Energisa”, pois não estamos tratando de uma empresa de propósito específico estruturada para participar de um leilão de privatização, mas sim de uma empresa veículo criada com o único intuito de obter vantagem tributária. Veja-se que a criação de ISA Participações não teve como objetivo obedecer a norma regulatória, mas sim foi utilizada como meio de contornar regras regulatórias tendo como objetivo final alcançar artificialmente vantagem tributária que, sem sua existência, não poderia ser contornada, ao menos naquele momento.

Com efeito, é importante que fique registrado meu entendimento sobre o tema a fim de que, em julgamentos futuros, não sejam distorcidas minhas conclusões sobre o tema.

No caso concreto, o que me leva a concluir pela inviabilidade de manutenção da exigência é outro: a estrutura adotada na operação levou a Autuada e sua controladora a incorrerem em custo tributário mais elevado do que aquele que teria sido por ela suportado se adotasse a estrutura que a autoridade fiscal lançadora e também a PGFN entendia que seria a necessária a possibilitar a amortização do ágio em questão.

[...]

As divergências jurisprudenciais antes analisadas, porém, buscavam a admissibilidade da apropriação fiscal das amortizações do ágio transferido, questionada sob a ótica de não ter havido integração entre a investidora original e a investida. Assim, no presente caso não é possível afirmar que outro poderia ser o resultado do paradigma frente à análise do caso presente, vez que não houve debate precedente quanto à inocorrência de integração da investidora original e da investida. O voto vencedor do acórdão recorrido, mediante reprodução das razões de decidir da autoridade julgadora de 1ª instância, trouxe em adição, apenas, que:

A investidora, ao registrar o ágio em conta de ativo, não promove a sua amortização para fins fiscais. Não poderia ser diferente, vez que a “mais valia”, decorrente da expectativa de rentabilidade futura, foi paga em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, e que serão tributados na própria investida. Por sua vez, a repercussão de tais lucros na investidora dar-se-á pelo MEP, que não é objeto de tributação.

Dessa maneira, como os lucros não são tributados na investidora, não há que se falar em amortização do ágio na investidora. Não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

Portanto, percebe-se que, na regra geral, para fins fiscais, o ágio não é dedutível na apuração do lucro real.

Diante disso, o grupo Ultrapar fez uma série de alterações societárias para tentar se encaixar no previsto no art. 386 do RIR/99. Ocorre que como a Ultrapar adquiriu a CBPI e a DPPI com ágio, ela poderia amortiza-lo se absorvesse o patrimônio das investidas ou se as investidas absorvessem o patrimônio da investidora, o que não ocorreu. **O ágio na aquisição das empresas foi baixado no momento do aporte das ações na Ultragaz e o grupo gerou um novo ágio na Ultragaz** que posteriormente foi incorporada pela CBPI para ser amortizado sob o fundamento do art. 386 do RIR/99.

No que tange aos investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, de acordo com o artigo 385 do RIR/99, em função do método de avaliação com base na equivalência patrimonial, o correspondente preço do ágio ou deságio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta daquela onde é escriturado o valor patrimonial do investimento adquirido (desdobramento do custo de aquisição).

Quanto à apuração do lucro real e do resultado do exercício ajustado para fins de incidência da CSLL, usualmente, a amortização do ágio ou deságio não é deduzida ou tributada. Via de regra, a dedução ou tributação dessa amortização no âmbito do IRPJ e da CSLL somente ocorrerá quando o investimento que lhe deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/99), na apuração de eventual ganho ou perda de capital, quando então o ágio ou deságio é incluído (somado ou diminuído) no preço de aquisição do investimento que está sendo extinto.

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997:

[...] (destacou-se)

O fundamento único do acórdão recorrido, nestes termos, é a impossibilidade de amortização fiscal do “novo ágio”, surgido com a transferência, e os excertos antes reproduzidos do voto condutor vão complementar que se tratam de operações feitas *dentro do próprio grupo econômico, sem a movimentação de recursos e demonstrando que o único motivo de sua implementação foi o de possibilitar a utilização imediata do ágio.*

A Contribuinte afirma a similitude entre os casos comparados porque no paradigma teve-se em conta: (a) *aquisição de investimento com ágio de parte independente (Etapa 01)*, (b) *transferência do investimento adquirido com ágio entre entidades de um mesmo grupo econômico (Etapa 02)* e (c) *incorporação entre o investimento adquirido com ágio e a sociedade que recebeu esse ativo em razão de aumento de seu capital social (Etapa 03).*

Como visto, a conclusão em favor da amortização fiscal do ágio no paradigma teve em conta, também, as restrições regulatórias tidas como impeditivas da unificação que permitira a amortização do ágio pago em contexto de privatização, ou o maior ônus fiscal que a operação realizada para este aproveitamento impôs ao grupo empresarial. A conclusão, do paradigma, de que *basta que haja a incorporação entre a sociedade que detém o investimento adquirido (com ágio) e este respectivo investimento* é uma assertiva subsidiária, posta depois de incorporadas todas as manifestações antes expressas acerca daquele caso concreto, no sentido do reconhecimento dos *empecilhos impositivos* estabelecidos pela ANEEL, além da referência a outras restrições da CVM, que foram superadas com a transferência do investimento para *holding*, viabilizando a amortização do ágio que, assim, foi admitida porque também possível se a integração acontecesse sem as restrições regulatórias. Dessa forma, não é possível afirmar que o Colegiado que editou o paradigma anularia o presente lançamento, como pretendido pela Contribuinte, ou mesmo validaria a amortização do ágio na ausência das circunstâncias específicas referidas no voto condutor e na declaração de voto integradas ao paradigma.

Assim, a premissa do paradigma de que o ágio *conservaria o seu fundamento econômico, isto é, não haveria a extinção do ágio original e o surgimento de um “ágio interno”*, reforma apenas a premissa do recorrido, embora não permita a mesma conclusão de que sua amortização *seria plenamente dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL*, decorrente de outras premissas específicas daquele caso concreto, ausentes no caso sob análise, e também não suporta a pretensão de invalidade do lançamento, porque no paradigma a questão não foi debatida no mesmo contexto aqui presente.

Com respeito ao paradigma nº 1402-001.402, esta Conselheira foi acompanhada por este Colegiado⁷ para admiti-lo na caracterização de dissídio jurisprudencial no Acórdão nº 9101-006.364, nos seguintes termos:

Na matéria “Possibilidade de amortização do ágio “transferido” para empresa do mesmo grupo econômico”, o recurso especial teve seguimento com base no Acórdão nº 1402-001.402.

Na referida decisão, foi dado provimento parcial ao recurso voluntário do sujeito passivo *para restabelecer a amortização do ágio registrado na Globopar no montante de R\$ 244.473.073,00*, nos termos do voto vencedor do ex-Conselheiro Carlos Pelá. Esta parcela do ágio correspondia ao valor reconhecido por ocasião da integralização do capital de GB Filmes e Eventos S/A com ações de Globosat Programadora Ltda detidas por Globo Comunicações e Participações Ltda. Como Globosat Programadora Ltda tinha patrimônio líquido negativo, na equivalência patrimonial todo o valor atribuído à participação societária integralizada (R\$ 244.475.073,00) foi atribuído a ágio. Com a incorporação de GB Filmes e Eventos S/A por Globosat Programadora Ltda, esta passou a amortizar o ágio escriturado.

O outro Colegiado do CARF superou a argumentação de que o ágio somente seria dedutível se Globosat Programadora Ltda fosse incorporada por Globo Comunicações e Participações Ltda, bem como a antecedente afirmação de que a operação não envolveu partes independentes, observando que:

É ponto essencial no deslinde da controvérsia esclarecer que esse ágio no valor de R\$ 244.475.073,00 foi apenas transferido para a GB no momento em que a Globopar aumentou seu capital.

Conforme laudo de avaliação de fls. 285/286, a Globopar já havia, inclusive, amortizado, por mais de 10 meses, parcelas do ágio em questão.

Portanto, o que se vê é que a Globopar apenas transferiu à GB o saldo de ágio não amortizado.

Qualquer que tivesse sido o bem recebido por GB em contrapartida do seu aumento de capital, o respectivo custo de aquisição, para GB, seria o mesmo: o montante do aumento de capital. Como um dos ativos recebidos pela GB foi um investimento na Recorrente sujeito à contabilização pelo MEP, coube a ela, por força da legislação, desdobrar o respectivo custo de aquisição em PL e ágio.

A legitimidade do ágio registrado inicialmente pela Globopar face à expectativa de rentabilidade futura da Globosat não foi questionado pela fiscalização no seu contexto inicial, ou seja, face à operação que lhe deu causa, quando a Globopar efetuou a aquisição de cotas da Globosat com desdobramento do peço pago em PL e ágio.

Com efeito, quisesse a fiscalização questionar a legitimidade desse ágio, deveria, na linha do quanto aduzido, ter questionado a operação inicial, o pagamento feito pela Globopar na aquisição do investimento, suas condições, etc., no momento em que a Globopar desdobrou o preço pago e registrou o ágio. Ou, ainda, conforme opinião de alguns, no momento em que a Globopar amortizou as primeiras parcelas desse ágio.

Se não o fez, não cabe agora, no contexto das operações subseqüentes, glosar a amortização desse ágio na Recorrente.

Também convém sublinhar, que a utilização de empresa veículo, por si só, não é capaz de indicar qualquer irregularidade, já que, em inúmeras situações se

⁷ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

verifica a necessidade da criação de uma empresa veículo que viabilize as operações e reestruturações societárias.

No caso em análise, o que se verifica é que a empresa veículo não foi fundamental para a amortização do ágio, que já estava sendo amortizado pela Globopar.

Outrossim, o fato de a GB (então controladora) ter sido incorporada por sua controlada (Globosat), também não é capaz de impedir a amortização do ágio, já que o nosso ordenamento jurídico possui previsão expressa prevendo a hipótese de incorporação às avessas (§ 6º, II, e caput do art. 386 do RIR/99).

A utilização da GB na estrutura da operação foi uma das várias formas possíveis de realiza-la. Lembrando que, se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais da operação seriam os mesmos.

Impedir operações estruturadas dessa forma seria impor aos contribuintes que adotem sempre as operações mais onerosas e burocráticas, o que não merece qualquer respaldo, por ausência de sustentação jurídica.

Assim, sob a premissa de que o ágio já existia na escrituração de Globo Comunicações e Participações S/A, e que a autoridade fiscal não questionou sua formação, a dedutibilidade das amortizações foi afirmada sob a premissa de que a utilização de empresa veículo não representaria óbice a este aproveitamento.

Neste olhar, referido paradigma presta-se a reformar a premissa do acórdão recorrido relativamente à primeira parte do ágio amortizado, originalmente formada no patrimônio de TIB quando da aquisição das participações detidas em TERRA pelo Grupo RBS. A conclusão do paradigma, no sentido de que *se a Recorrente tivesse incorporado a Globopar ou tivesse sido por ela incorporada, os resultados fiscais da operação seriam os mesmos* reformaria a conclusão do acórdão recorrido, de que a incorporação de ABCD por TERRA não permitiria a amortização fiscal do ágio, vez que *TIB fora a empresa que suportou as duas parcelas do ágio que fora registrado pela ABCD*.

Adicione-se que ambos os casos contemplam a peculiaridade de a investida possuir patrimônio líquido negativo e todo o investimento ser convertido em ágio amortizado na equivalência patrimonial promovida no registro inicial e na transferência. Nota-se, ainda, que o ágio inicialmente registrado em TIB e Globo Comunicações e Participações S/A também havia sido, em parte, amortizado contabilmente antes da transferência à empresa veículo.

Assim, quanto às amortizações decorrentes do ágio registrado em ABC0011 no valor de R\$ 311.681.116,81, a divergência resta caracterizada.

No presente caso também se concorda com a arguição da Contribuinte de que há divergência na concepção de que *quando o investimento adquirido com ágio é transferido dentro de um grupo econômico, há uma transferência do ágio, com a conservação do seu fundamento econômico, e não uma baixa do ágio original e o surgimento de um “novo ágio”, “ágio interno as etapas da operação realizada*.

Contudo, como se vê na abordagem do paradigma, a glosa das amortizações de ágio não foi feita sob a sua classificação como interno, mas sim sob a exigência de que a investidora original incorporasse a investida. Por esta razão, ao negar a existência de um novo ágio, o outro Colegiado do CARF validou a amortização fiscal, vez que não havia objeção à fundamentação do ágio em rentabilidade futura ou ao valor apurado, entendendo cumpridos os requisitos do art. 386 do RIR/99 em face da incorporação, ainda que pela investida, da pessoa jurídica que recebeu o ágio em transferência.

Logo, também este paradigma não permite afirmar a caracterização da divergência jurisprudencial com o alcance pretendido pela Contribuinte, com vistas a cancelar o lançamento como consequência da reforma do que seria a única motivação fiscal para a glosa.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte na matéria III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”*, com base nos paradigmas n.º 1402-001.402 e n.º 9101-003.609, mas apenas com respeito à premissa do recorrido de que o ágio transferido constituiria um “novo ágio” ou “ágio interno”, e não conservaria seu fundamento econômico original.

No tópico III.3 - *Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas* –, o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

12. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *o reconhecimento de ágio interno fundamentado em expectativa de rentabilidade futura não encontra respaldo legal, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dentro do mesmo grupo empresarial*, o acórdão paradigma apontado (Acórdão n.º 1301-001.297, de 2013) decidiu, de modo diametralmente oposto, que o Decreto-lei n.º 1.598/77, [...], em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico.

O paradigma n.º 1301-001.297 foi recentemente admitido por este Colegiado para caracterização de dissídio jurisprudencial acerca da possibilidade de amortização de ágio interno, acompanhando-se, à unanimidade⁸, os termos do voto da ex-Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão n.º 9101-006.373:

A contribuinte questiona o acórdão recorrido na parte em que este não admitiu a amortização do ágio T4U I, por considerá-lo “ágio interno”, nos termos do voto do i. Relator, que foi vencedor nesta matéria (grifamos):

No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação onde os sócios das partes envolvidas tem um único controlador, o Grupo Carlyle, por meio de seu gestor junto à RHPBK e RI HAPPY. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidênciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, como quer crer a Impugnante.

Como já se abordou acima, o ágio foi considerado “interno” porque derivado de transação entre partes dependentes, uma vez constatado que as empresas envolvidas (T4U I e Ri Happy) eram controladas por fundos de investimentos que, por sua vez, estariam sob gestão comum, do “Grupo Carlyle”, Eis o respectivo trecho do voto (grifamos):

A T4U I tinha como sócio controlador o fundo RHPBK (99,99%), que era administrado pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

A RI HAPPY, antes da entrada em cena da T4U I, era controlada pelos FUNDO BRASIL (25%)e CTS (60%), ambos administrados pela CRV e tendo como gestor o Grupo Carlyle.

⁸ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

O fato de haver um fundo de investimentos independente (G5 RS) no quadro societário da RI HAPPY e de ter contribuído com aporte de capital na transação, não tem relevância nenhuma, sua participação sempre permaneceu em 15%, após todos estes eventos societários. Os proprietários da RI HAPPY detém percentuais de participação societária de 85%, são eles que decidem, evidentemente, mas escudados em planejamento definido pelo seu gestor, o Grupo Carlyle.

Notório, portanto, que **não há independência entre os envolvidos, os proprietários da RHPBK e da RI HAPPY, são os mesmos, e as decisões relevantes são tomadas pelos seus gestores e não pelos cotistas**, como, me parece, crê a Recorrente.

Não se controverteu a conclusão a que chegou o acórdão recorrido de que caracteriza-se como “ágio interno” a mais valia em uma operação entre empresas controladas por fundos de investimento geridos por um grupo em comum. Esta é, assim, uma premissa fática do acórdão recorrido que não está em discussão.

O sujeito passivo sustenta divergência jurisprudencial com relação ao **acórdão 1301-001.297** (Caso Zanotti) alegando que este, diferentemente do recorrido, “*segregou o tratamento a ser conferido ao ágio sob uma perspectiva contábil do tratamento a ser conferido sob uma perspectiva jurídica.*”

De fato, o voto vencedor de tal paradigma analisa questão eminentemente jurídica e rejeita a glosa da amortização de ágio que tenha se baseado em alegação de que este foi gerado internamente, valendo transcrever trecho de sua introdução:

(...)

De plano, afasto peremptoriamente os argumentos acima despendidos no sentido de que, para ter guarida nas disposições dos arts. 7º. e 8º. da Lei n. 9.532/97, o ágio não poderia ter sido gerado entre empresas de um mesmo grupo econômico e deveria ter havido pagamento (desembolso de caixa) para a sua constituição, bem como, a necessidade de substancia econômica, ou seja, segundo interpretação da fiscalização corroborada pelo voto vencedor, o ágio só seria dedutível se houvesse conteúdo econômico na operação e se tivesse havido pagamento em dinheiro mediante livre negociação entre partes independentes. Com a devida vênia, entendo equivocada tal afirmativa.

Isto porque, a formação do ágio foi feita nos estritos limites legais previstos pelo Decreto-lei n. 1.598/77, o qual, em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem exige que para a sua formação o investimento seja feita com desembolso de dinheiro e a necessidade de substância econômica.

Por ter sido a presente operação efetuada nos mesmos moldes do processo administrativo n. 16643.000392/2010-61, do qual fui relator, inclusive com a alegação da inexistência do ágio com base na teoria contábil, transcrevo aqui, no que interessa, os fundamentos que lá registrei para restabelecer a dedução do ágio glosado pela fiscalização, vejamos: (...)

A aplicação do racional deste paradigma ao caso dos autos seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido, já que enquanto este considerou que a glosa de ágio era devida eis que não existiria ágio em operação realizada entre empresas geridas pelo mesmo grupo, no caso do paradigma este rejeita qualquer argumento que fundamente a glosa do ágio em tal argumento.

Observo, por fim, que muito embora a ementa desse julgado tenha feito referência ao artigo 36 da Lei 10.637/2002, **a análise do inteiro teor do voto** demonstra que o seu racional não foi baseado exclusivamente na interpretação desse dispositivo legal, mas de toda a legislação tributária acerca da amortização fiscal de ágio.

O voto condutor do paradigma ressalta a impossibilidade de se glosar ágio gerado dentro de um mesmo grupo após análise da legislação tributária sobre o tema e do

regramento contábil aplicável, e apenas faz referência ao artigo 36 de maneira subsidiária, por exemplo quando conclui:

Noutro prisma, o fundamento apontado pela autoridade fiscal para não aceitar o ágio gerado entre empresas do mesmo grupo é que por serem partes relacionadas estaria maculada a independência de avaliação, e por isso, a mensuração dos valores da transação não seria confiável. Mais uma vez, aqui se valeu de regras contábeis posteriores aos fatos (Resolução CFC nº 1303/2010 que aprovou o NBC TG 04).

Nesse passo, entendo que não há na legislação fiscal qualquer vedação ao ágio gerado internamente dentro de um mesmo grupo econômico. Ao contrário, foi autorizado pelo art. 36 da Lei n. 10.637/02 (que revogou a postergação do ganho), art. 21 da Lei n. 9.249/95 (único fundamento p/ágio – expectativa de rentabilidade futura) e art. 8º. da Lei n. 9.532/97 (admitiu sua dedutibilidade na incorporação reversa).

Em todo o seu teor, o voto afirma textualmente que a geração de ágio interno não é vedada pela legislação tributária, fazendo referência ao artigo 36 apenas como argumento subsidiário, veja-se (grifamos):

De fato, a lei em nenhum momento determinou que o ágio não possa surgir entre empresas de um mesmo grupo econômico, nem tampouco exige que a aquisição do investimento seja feita com desembolso em dinheiro (art. 20 do Dec. 1.598/77), bem como, não trouxe qualquer impedimento quanto a sua amortização. Ao contrário, expressamente a autorizou (art. 7º. da Lei 9.532/97).

(...)

Assim, diante da impossibilidade, para fins fiscais, da aplicação das regras contábeis que tratam da escrituração e apuração envolvendo empresas de um mesmo grupo, sobretudo após as alterações promovidas pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, bem pode-se concluir que o reconhecimento do ágio mesmo se tratando do chamado “ágio interno” está de acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e devem gerar todos os efeitos fiscais deles decorrentes.

(...)

Ainda que se parta da premissa adotada pela fiscalização, de que o reconhecimento contábil do “ágio interno” não encontra respaldo nos princípios da ciência contábil, só sendo verdadeiros os ágios gerados em aquisições de participações societárias em negócios entre partes independentes, ainda assim o lançamento não se sustentaria.

É que, com ou sem respaldo na Ciência Contábil, o fato é que no período de 1º de janeiro de 2003 a 31/12/2005, esse ágio pôde ser registrado para retratar situação prevista em norma tributária específica, in casu, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002, revogado pela Lei nº 11.196, de 2005, e que dispunha:

(...)

A conclusão que se chega, portanto, é que no caso desse paradigma, o argumento acerca do artigo 36 da Lei 10.637/2002, embora mencionado na ementa, foi utilizado apenas como reforço argumentativo da tese principal sustentada pelo voto, é dizer: o voto conclui que a geração de ágio interno não é vedada pela legislação tributária, e apenas menciona que, ainda que assim não se entenda (ou seja, como argumento subsidiário) referido artigo 36 autorizaria a operação.

Por entender ter restado plenamente caracterizada a divergência jurisprudencial quanto ao paradigma 1301-001.297, conheço do recurso especial do sujeito passivo. (*destaques do original*)

Observe-se que referido julgado traz como argumento subsidiário o entendimento de o ágio interno ser admissível no âmbito fiscal antes da revogação do art. 36 da Lei nº 10.637/2002, vez tratar-se ali de operação realizada em julho/2005, mas seu argumento principal

é de que somente a partir do ano de 2007, com a introdução no nosso sistema jurídico da Lei 11.638/2007, é que passou a ser exigido o resultado consolidado do grupo e foi vedada, a partir de então, apenas para fins societários, a utilização do chamado ágio gerado internamente, sendo que, tendo em conta a Lei nº 11.941/2009, se não por outros motivos, ainda que se admitisse a possibilidade de se transportar para a área fiscal a nova interpretação das regras contábeis, diga-se de passagem, não da lei societária, mas de pronunciamentos do CPC, aplicáveis a partir de 2010, ainda assim, pelo princípio da irretroatividade tal interpretação não poderia retroagir para alcançar fatos anteriores à sua existência. Assim, sob esta ótica, o paradigma reformaria o entendimento do Colegiado a quo em face de operações ocorridas ao longo do ano-calendário 2008.

Esclareça-se, também, que referido paradigma foi rejeitado para caracterização de dissídio semelhante, em razão das ressalvas assim presentes em seu voto condutor:

Logo, mesmo à luz da teoria contábil não se poderia refutar tal operação, pois nesta se identifica perfeitamente qual o propósito negocial decorrentes dos contratos formalizados e legalmente perfeitos, quais os resultados advindos da operação e a confiabilidade do respectivo custo.

Em sendo assim, somente assistiria razão à autoridade fiscal 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.

Portanto, se a autoridade fiscal que dirigiu o longo procedimento fiscal, teve acesso a todos os documentos, inclusive podendo utilizar o seu poder de intimar terceiros para obter informações, se aquela autoridade examinou detidamente os critérios do laudo e nada impugnou, ela certamente ratificou os valores constantes do mesmo. Isto é, houve comprovadamente a expectativa de rentabilidade futura como exige a lei, nos valores informados naquele laudo. (...)

Mas isto porque, no precedente analisado por este Colegiado⁹, havia questionamento quanto ao valor atribuído aos investimentos nos termos do voto vencedor desta Conselheira, condutor do Acórdão nº 9101-005.973:

Por fim, quanto à matéria 3 (*Dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio interno – Observância dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77*), a PGFN aponta a especificidade deste caso, em razão do histórico do grupo Boticário, no qual a criação artificial de ágio seria uma rotina nas atividades do conglomerado.

Distintamente do que assevera o I. Relator, nota-se que esta circunstância teve repercussões no voto condutor do acórdão recorrido, desde as referências iniciais consignadas na apreciação da invalidade do lançamento por ofensa ao art. 146 do CTN, quando a fraude começou a ser referida para afirmação da correção do procedimento fiscal. Veja-se:

A criação do ágio se deu sob o comando dos dois sócios e intencionalmente, dolosamente, sendo alterada característica essencial do fato gerador, com uma despesa falsa e inexistente, diminuindo o valor do imposto. Isto ficará bem claro em tópico adiante.

[...]

⁹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício) e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella (relator, Alexandre Evaristo Pinto, Livia De Carli Germano e Luis Henrique Marotti Toselli.

E esta continuidade pode ser bem exemplificada no caso presente, pois o histórico do grupo Boticário demonstra que a criação artificial de ágio era uma rotina nas atividades do conglomerado. Se não, vejamos:

[...]

Como vemos, entre 2002 e 2012, com várias operações societárias dentro do conglomerado, o Grupo Boticário criou, sem nenhum pagamento ou movimentação financeira, um ágio de R\$1.930.870.825,00 (um bilhão, novecentos e trinta milhões, oitocentos e setenta mil, oitocentos e vinte e cinco reais), valores estes que não interferiram na contabilidade, pois que estão proibidos de ser ativados, tampouco no resultado contábil, permitindo a distribuição de resultados como se não existissem, pela obrigatoriedade de constituição de provisão, conforme Instrução CVM nº 319, de 1999.

O valor fictício de ágio serviu para uma finalidade: lesar o Fisco.

[...]

O fato descrito no auto de infração é o mesmo que gerou o ágio em relação às outras empresas do grupo: Cálamo, O Boticário Franchising e Embralog. Embora o esforço hercúleo da Recorrente para tentar empreender um sentido negocial, empresarial para as operações que ensejaram a criação do ágio, seus argumentos não convencem.

Temos a criação, em setembro de 2006, de empresa veículo (G&K Holding), com capital social inicial de R\$1.000,00 e tendo como sócios Miguel Gellert Krigsner e Artur Noemio Grynau. Três meses depois, em dezembro de 2006, o IGP Fundo de Investimento em Participações integraliza ações no valor de R\$50.000.000,00, sendo a única movimentação financeira envolvendo as operações societárias.

No mesmo dia do ingresso da IGP na sociedade, 18/12/2006, a G&K incorpora as ações da OBF, da Embralog, da Botica e da Cálamo, que passam a ser suas subsidiárias integrais. As ações são incorporadas com ágio, sendo que as da Botica são avaliadas em R\$344.499.000,00, gerando um ágio de R\$206.481.363,56. O total do ágio contabilizado pela G&K, relativo às quatro empresas, monta R\$1.776.161.561,96.

A situação permanece durante o ano de 2007 até 3 de novembro de 2008, quando a G&K é parcialmente cindida, mantendo apenas 1% de participação nas outras sociedades. Neste período, até a cisão parcial, a G&K amortizou o ágio contabilmente, gerando despesa que foi adicionada no cálculo do lucro real, sem consequência fiscal, portanto. Todavia esta adição foi levada à parte B do Lalur, onde passou a ser controlada.

Na mesma data, 3 de novembro de 2008, a G&K constitui a Provisão da Instrução CVM 319 no valor total de R\$1.730.217.210,55, portanto somente sobre o valor do ágio descontadas as amortizações que realizou até sua cisão parcial (R\$20.094.111,31, em 2007, e R\$25.850.240,10, em 2008 tudo relativo às 4 empresas).

Do ágio total (R\$206.481.363,56) é transferido para o patrimônio da BOTICA o valor de R\$ 193.298.809,52, conforme explicação acima, e também a provisão CVM, conta redutora.

[...]

O que pretendem os Recorrentes é legitimar para fins fiscais o que é ilegítimo, falsamente criado apenas para diminuir substancialmente o pagamento de tributo devido. A leitura de excerto do laudo nos traz mais inseguranças e incertezas do que a garantia de um valor em que se possa acreditar, como bem destaca a Fiscalização em seu Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal (fls. 1385/1386), destacando-se o seguinte, in verbis::

[...]

A avaliação, como reconhecido no documento, é realizada tendo como fonte principal a informação prestada pelos próprios interessados. Não é por outro motivo que a KPMG afirma que os investidores futuros devem realizar suas próprias análises e sujeitar aos seus consultores jurídicos, tributários e financeiros qualquer decisão.

Ao mesmo tempo se isentam de qualquer responsabilidade pelos números apresentados. Basicamente, o que afirmam é que a avaliação que fizeram não tem nenhuma fidedignidade.

A única certeza que se tem é de que o valor é certo e indiscutível para fins de economia fiscal, caso a situação passe despercebida pelas autoridades tributárias, mas a responsabilidade pelo laudo, pelas projeções, ao final de tudo, é dos dirigentes que forneceram as informações para os peritos avaliadores, os mesmos que serão beneficiados pela fraude.

[...]

A criação de um ágio na forma como se deu, em transformações sucessivas, decisões internas do grupo e sem nenhum desembolso ou movimentação financeira, atitude condenada pela contabilidade e pela CVM, nos levam à conclusão de que os atos praticados excederam à boa-fé e a própria finalidade econômica e social do ágio, visto que constituído para lesar o Fisco.

Assim, fica mantida a multa de ofício qualificada.

[...]

No caso presente não entendo que estejamos presumindo a responsabilidade.

Vejamos os fatos.

As empresas do grupo Boticário, comandadas em todo o tempo pelos sócios administradores Artur e Miguel, detentores da quase totalidade das ações, empreenderam operações societárias, criando empresas veículo para adquirir outras empresas do grupo e gerar um ágio decorrente da avaliação da rentabilidade futura dessas empresas adquiridas, sem movimentação financeira alguma, sem nenhum pagamento ou participação de terceiro.

Em pouco tempo, desfez essas empresas veículo (parcial ou totalmente) repassando o ágio falsamente gerado para cada uma das empresas adquiridas, passando a reduzir substancialmente o lucro real com o aproveitamento de despesas de amortização de ágio nas empresas adquiridas. Ou seja, o ágio amortizado diz respeito à rentabilidade futura dela mesma.

Como já vimos neste voto, o laudo que atribui valor absurdamente alto às empresas adquiridas com base em rentabilidade futura é absolutamente inconsistente, fundado em informações prestadas pelos próprios administradores (que são os dois sócios já nomeados e beneficiários da fraude) e os avaliadores não assumem absolutamente nenhuma responsabilidade pelos números apresentados.

A estes fatos soma-se a distribuição de valores altíssimos a título de juros sobre o capital próprio e lucros, sendo que pouco valor permaneceu nas empresas, sendo a maioria distribuído aos dois sócios.

[...]

Neste ponto, os Recorrentes pretendem que seja apontado qual o ato específico por eles praticados que pode ser enquadrado no artigo. Defendem que todos as atividades foram lícitas.

Descordo enfaticamente. O conjunto das ações, como foi tratado anteriormente, caracterizou uma fraude de grandes proporções, resultando na redução irregular dos tributos devidos pela empresa. Estamos tratando de um ágio de 206 milhões

de reais. Isso não é uma fraude pequena, e foi comandada, capitaneada pelos dois sócios.

No meu entendimento, não é necessário, nesses casos, que se aponte um determinado ato, uma determinada ordem, uma determinada assinatura. Isso é reduzir os fatos, que se desencadearam em alguns anos, a um momento específico em que houve um ilícito. O ilícito aqui é o conjunto, a obra, arquitetada e capitaneada, como dito, pelos dois administradores.

E não se trata de presunção. O fatos estão comprovados. A direção da Empresa não é discutida ou contraditada. Quem tomou as decisões foram os dois dirigentes. O que se quer então? Afirmar que os dois foram enganados e que as operações foram feitas à revelia, que não queriam engordar seus cofres pessoais em milhões e milhões de reais, mas foram surpreendidos ao verem suas contas correntes?

Ainda que fosse essa a alegação, devo destacar que na jurisprudência tem prevalecido o entendimento de que, na aplicação do artigo 135, III, a responsabilidade decorre de dolo ou culpa por parte dos dirigentes. Vejamos:

[...]

Houve ato ilícito sob a responsabilidade dos dois sócios administradores quando comandaram operação fraudulenta de criação de ágio no intuito de reduzir irregularmente o tributo devido, assim, ambos são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário decorrente.

Mantenho a sujeição passiva solidária dos dois sócios administradores.

No que se refere à 3 (*Dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio interno – Observância dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 e artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77*), tem-se que o dissídio jurisprudencial foi reconhecido em face do paradigma nº 1301-001.297, cujo voto vencido bem evidencia que a magnitude do ágio construído artificialmente era relevante para a manutenção da exigência:

[...]

v) em 31 de outubro de 2003, por conta de alteração contratual, ingressa na ZANOTTI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA., como sócia, a empresa ZANOTTI ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA., o que faz com que o capital social fosse aumentado em R\$ 356.734.070,00, capital esse subscrito e integralizado mediante a incorporação de 1.596.504 ações emitidas por ZANOTTI S/A;

[...]

Não tenho dúvidas de que não cabe à Administração Tributária imiscuir-se nas decisões tomadas em âmbito privado por Grupo Econômico de qualquer natureza. Entretanto, quando tais decisões resultam em significativo abalo no fluxo de recolhimento de tributos, deve a autoridade tributária envidar esforços para, no exercício da sua atividade fiscalizadora, verificar se os procedimentos com repercussão tributária porventura adotados encontram-se em conformidade com a lei de regência.

[...]

O planejamento tributário engendrado pela Recorrente, que ao menos no que tange aos seus efeitos fiscais revela o lado perverso das práticas adotadas sob esse manto, representou, em síntese, a criação de uma despesa que tem por base a própria mais valia do seu patrimônio, isto é, a contribuinte, a partir de uma avaliação por ela própria solicitada, fez refletir no ativo de uma empresa a ela ligada, os resultados de uma suposta rentabilidade futura e, por meio de uma incorporação às avessas, efetivada sem que fosse despendido um único centavo, transformou essa mais valia em uma despesa.

O voto vencedor, por sua vez, replicando fundamentos antes expressos pelo mesmo ex-Conselheiro Valmir Sandri em julgamento anterior, conclui que:

Dessa forma, o ágio só poderia ser considerado indevido pela fiscalização se os negócios jurídicos não tivessem ocorrido, retratado algo diverso do que efetivamente ocorreu, afastado requisitos legais e/ou preceitos de observância obrigatória ou negado a finalidade legal que justificou a sua celebração. Como nada disso ocorreu, não há como o fisco vedar sua dedução.

Ocorre que dentre esses fundamentos reproduzidos, consta a seguinte abordagem acerca do laudo que justifica a rentabilidade futura na qual se pauta a reavaliação do investimento:

Ocorre que, ainda que as normas contábeis pudessem ser aplicadas no presente caso, superando-se questões insuperáveis como a legalidade fiscal e a irretroatividade, mesmo assim, do exame das robustas provas do processo pode-se concluir que aqui não se aplicam tão somente os argumentos da “teoria contábil” para a não aceitação do chamado ágio interno, mas também o propósito comercial da operação, tendo em vista que na operação está presente uma empresa estrangeira que é um terceiro independente, a qual teria o maior interesse em ser rigorosa com a concretude da operação e, o mais importante, toda operação foi acompanhada por laudos de empresas idôneas e não impugnados pela autoridade fiscal, ou seja, quer contabilmente quer pela lei fiscal, todas as operações realizadas pela empresa foram e são consideradas verdadeiras, eis que foram públicas, registradas e efetivas.

(.....)

Logo, mesmo à luz da teoria contábil não se poderia refutar tal operação, pois nesta se identifica perfeitamente qual o propósito comercial decorrentes dos contratos formalizados e legalmente perfeitos, quais os resultados advindos da operação e a confiabilidade do respectivo custo.

Em sendo assim, somente assistiria razão à autoridade fiscal 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.

E, como demonstrado na reprodução ao norte, o voto condutor do acórdão recorrido endossa os apontamentos fiscais de insegurança e incerteza acerca do valor atribuído às participações societárias, dada a coleta de dados por meras *entrevistas e informações orais ou escritas fornecidas pela Administração*; dada a análise mediante *comparação dos resultados projetados apresentados no Plano de Negócios da Empresa com os resultados históricos da mesma*, sem qualquer confirmação das premissas de cálculo do fluxo de caixa descontado. Destaca-se a ressalva de que *o trabalho não foi uma auditoria, conforme as normas geralmente aceitas de auditoria e não deve ser interpretado como tal*. Esse o contexto no qual a KPMG afirma que *os investidores futuros devem realizar suas próprias análises e sujeitar aos seus consultores jurídicos, tributários e financeiros qualquer decisão, e se isentam de qualquer responsabilidade pelos números apresentados*. Basicamente, o que afirmam é que a avaliação que fizeram não tem nenhuma fidedignidade.

Constata-se, assim, a dessemelhança entre o recorrido e o paradigma que valida a amortização do ágio gerado internamente na hipótese em que *toda operação foi acompanhada por laudos de empresas idôneas e não impugnados pela autoridade fiscal*. Houve tal impugnação no presente caso, ela foi acolhida no voto condutor do acórdão recorrido, inclusive infirmando a existência de um trabalho de auditoria por empresas idôneas.

Diante de dessemelhanças fáticas em pontos determinantes para a decisão vertida nos acórdãos comparados, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

No presente, a discussão no acórdão recorrido ficou restrita à formação interna do ágio no grupo empresarial. Por oportuno registre-se que a única referência, no acórdão recorrido, ao fundamento econômico do ágio, consiste na indicação de que o ágio pago na aquisição de CBPI e DPPI por Ultrapar, no valor de R\$ 449.880.806,94, *estaria respaldado em laudo de avaliação elaborado pelo Deutsche Bank (fls. 2.969 a 3.068 dos autos)*.

Assim, o dissídio jurisprudencial suscitado resta demonstrado em face de eventual subsistência da classificação do ágio como interno, ainda que apenas em relação ao incremento surgido na operação entre as pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, razão pela qual deve ser CONHECIDO o recurso especial da Contribuinte na matéria III.3 - *Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas*.

No tópico III.4 - *Da Impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial* -, o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

14. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *a inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *os conceitos de propósito negocial e substância econômica carecem de fundamento legal, tornando-se subjetivos e abrangentes, ou seja, não são elementos aceitos e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer dispositivo legal que lhes dê substrato* (primeiro acórdão paradigma) e que *a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira, que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da Legalidade Tributária, [...], além de outros princípios como a livre de iniciativa, estes últimos provenientes da Ordem Econômica* (segundo acórdão paradigma).

Como antes referido, este tópico é subsidiário às matérias tratadas nos itens III.2 e III.3, e tem por objetivo afastar algum argumento que subsista a impedir o acolhimento da defesa no sentido de que não há óbice à amortização fiscal do ágio transferido e da parte formada entre partes relacionadas. No acórdão recorrido, a ausência de propósito negocial foi analisada no contexto da operação examinada e sob a premissa inicialmente fixada de o ágio ser interno e neste tópico a Contribuinte contrapõe esta decisão aos paradigmas nº 1201-001.507 e 1302-002.045, asseverando haver *demonstração cabal no Recurso Voluntário de que todas as transações questionadas pela Fiscalização, das quais resultou a amortização fiscal do ágio pela Recorrente, foram realizadas dentro de um contexto econômico de expansão das atividades do Grupo Ultra*. Apesar dessa afirmação, pretende que este aspecto seja desconsiderado na análise da validade fiscal das amortizações do ágio.

O paradigma nº 1201-001.507 analisa operação na qual o investidor estrangeiro aporta capital em pessoa jurídica recém constituída no Brasil, e tal capital é destinado à aquisição de parte das ações de empresa brasileira, com pagamento de ágio, que na sequência incorpora a adquirente nacional e passa a amortizar o ágio por ela pago. Considerando que naquele caso não houve contestação quanto à aquisição ter se dado entre partes independentes, com efetivo pagamento, e ausentes dúvidas quanto ao ágio gerado, o voto condutor do paradigma centra o debate na discussão na acusação fiscal de que não teria sido provada *a existência de razões negociais ou “business purpose” para a forma adotada na aquisição, enfrentando as questões de fato relacionadas às razões empresariais ou econômicas da operação*, mas ressaltando que assim faz para definição *se esta conduta ou esta escolha de negócio da Recorrente infringe a lei tributária ou não*. A Contribuinte destaca que tal julgado *manifestou entendimento no sentido de*

que o “propósito negocial” não é critério válido para se aferir a validade de negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, mas o direcionamento de seu voto condutor é no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio e assim conduzir a análise do caso concreto:

Não obstante me parecer claro que, ainda que uma determinada operação não possa ser invalidada ou desconsiderada pelo simples fato de que o único propósito da operação tenha sido a economia de tributos, passarei a abordar os fatos concreto do caso ora em análise que demonstram que havia sim, motivos empresariais, financeiros e operacionais que justificaram a forma escolhida para a execução da operação que gerou o ágio.

Como antes cogitado, constata-se que neste paradigma a imprestabilidade do “propósito negocial” como critério para análise de negócios jurídicos não foi firmada com autonomia suficiente para se cogitar que o entendimento assim estabelecido seria aplicável a qualquer operação. Apesar do ex-Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado indicar que este seria seu entendimento, o voto condutor do paradigma por ele redigido, e acolhido pela maioria do outro Colegiado do CARF, teve em conta o contexto específico da aquisição, e considerou que capitalizar empresa no Brasil para que esta última fizesse a aquisição da empresa Serasa, ao invés de efetuar a aquisição diretamente do exterior tinha como motivo válido e suficiente a utilização do benefício de dedução do ágio efetivamente pago.

Esta dependência do contexto fático específico, que é distinto do presente, no qual o ágio amortizado se origina em parte de transferência de ágio pago por outra adquirente brasileira integrante do mesmo do grupo empresarial, e em outra parte formado internamente nesta transferência, impede a caracterização do dissídio jurisprudencial acerca da *impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial*.

O paradigma nº 1302-002.048 apresenta condução semelhante ao anterior. O ex-Conselheiro Marco Antônio Nepomuceno Feitosa também firma a premissa de que *não há contestação quanto à legitimidade do ágio formado nas operações societárias em análise* e que a discussão repousa na utilização da suposta empresa-veículo GRAPPA que, além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, mas apenas o único propósito de conduzir ilicitamente o ágio. Apesar de discordar da aplicação da teoria do propósito negocial porque *não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais*, a decisão em favor da admissibilidade da operação está pautada na constatação de os atos foram *procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos*, para além de se considerar não ser dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial.

Por sua vez, as operações analisadas no referido paradigma apresentaram a circunstância especial de duas serem as adquirentes, e a “empresa-veículo” ser constituída previamente à contratação da aquisição, e ali figurar como adquirente, aspectos que, na análise e negativa de conhecimento do recurso especial interposto pela PGFN para reverter a qualificação da penalidade lá afastada, foram ressaltados para afirmar a distinção daquele caso com os paradigmas então indicados, nos termos do voto vencedor¹⁰ desta Conselheira no Acórdão nº 9101-006.037:

Na primeira matéria, o recurso fazendário teve seguimento com base nos paradigmas nº 9101-002.188 e 9101-002.428. A PGFN partiu da premissa que o *acórdão recorrido*

¹⁰ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiu na matéria a Conselheira Andrea Duek Simantob.

aceitou a possibilidade de amortização de ágio, apesar da interposição de empresa veículo e, sob esta ótica, afirmou o dissídio jurisprudencial em face do paradigma nº 9101-002.188 porque. tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma, verifica-se que o reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio, sendo que para o paradigma a amortização com efeitos fiscal somente se verifica acaso existente a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, ainda que se afirme a inocorrência de simulação. Já o paradigma nº 9101-002.428 também trataria de transferência de ágio por meio de empresa veículo, sendo afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.

Extraí-se da transcrição da acusação fiscal, presente no relatório do acórdão recorrido, que a operação examinada pelo Colegiado *a quo* teve em conta empresa-veículo constituída antes da aquisição e que figurou como adquirente do investimento com pagamento de ágio, muito embora com a assunção de obrigações equivalentes pelas pessoas jurídicas consideradas reais adquirentes. Veja-se:

23. O desenvolver desses fatos nos conduzem claramente a uma só conclusão: GAVEA e PRAGMA, interessadas em adquirir participação societária em RAIA, arquitetaram previamente intercalar uma sociedade (GRAPPA) com o único propósito de promover a sua incorporação e, assim, aproveitar a amortização do ágio na operação para, ilicitamente, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL de RAIA.

24. Nos três documentos que serviram para formalizar a aquisição (o Contrato de Investimento, Doc 02, fls. 70 a 122; o Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações” Doc 02, fls. 123 a 145; e o Acordo de Acionistas, Doc 02, fl. 147 a 218), GAVEA e PRAGMA manifestam o seu interesse original de investir em RAIA, e assumiram para si direitos e obrigações equivalentes àqueles assumidos por GRAPPA.

25. Ademais, GRAPPA foi constituída poucos dias antes da celebração dos atos anteriormente descritos (conforme ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, Doc 15, GRAPPA foi formalmente constituída apenas em 01/10/2008, com início das atividades em 22/09/2008) e veio a ser incorporada por RAIA um ano depois.

Estas as premissas para a autoridade fiscal concluir, nas palavras do relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que GRAPPA, *além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio.* Este entendimento foi refutado no voto condutor do acórdão recorrido, concluindo-se o que, *tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, seria indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício.*

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão nº 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado¹¹ para negar a caracterização da divergência em face do paradigma nº 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

[...]

¹¹ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

No Acórdão nº 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade¹², acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Livia De Carli Germano:

[...]

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão nº 9101-005.907¹³, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma nº 9101-002.188:

[...]

O posicionamento da maioria do Colegiado, porém, foi assim reiterado no voto vencedor da Conselheira Livia De Carli Germano:

[...]

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma nº 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da autuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

Quanto ao segundo paradigma, nº 9101-002.428, constata-se o mesmo diferencial, vez que a participação societária de Editora Ática S/A foi adquirida por três pessoas jurídicas (Editora Abril S/A, Havas S/A e Serra das Araras Participações Ltda), seguindo-se o posterior aporte das ações adquiridas por Editora Abril S/A e Havas S/A em Serra das Araras Participações Ltda, que assim foi cindida para que as quotas de capital de Editora Ática S/A fossem incorporadas ao seu patrimônio, com subsequente aproveitamento do ágio pago. No relatório desse julgado consta, ainda, que *também participou das operações a JVHA PARTICIPAÇÕES S/A, controladora da última adquirente citada*, e mais à frente está indicado que Editora Abril S/A e Havas S/A já eram integrantes do quadro social da Editora Ática S/A antes da formação do ágio amortizado.

Este relato, em princípio, permite cogitar que Serra das Araras Participações Ltda poderia ter atuado de forma semelhante à pessoa jurídica interposta nestes autos, também adquirindo, ao menos em parte, o investimento que motivou o ágio amortizado. Contudo, o voto condutor do paradigma expõe premissas fáticas de decisão que deixam foram de dúvida que *a totalidade* do ágio, cujas amortizações eram ali debatidas, *foi originalmente registrado na contabilidade* de Editora Abril S/A e Havas S/A, e somente depois aportado em Serra das Araras Participações Ltda, que assim não *desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil*. Veja-se:

[...]

Do exposto conclui-se que, também aqui, a constatação de que a pessoa jurídica interposta nada desembolsou para deter, em seu patrimônio, o investimento e o ágio correspondente, decorre do fato de este ativo ser nela aportado, em aumento de capital,

¹² Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia deCarli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, LuizTadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

¹³ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

depois da aquisição e já contemplando o ágio antes pago. Assim, o mesmo óbice verificado à admissibilidade do primeiro paradigma está presente, também, no segundo.

Os acórdãos comparados, assim, se distinguem em ponto determinante para a decisão acerca de a confusão patrimonial exigida pela lei ter se dado entre a investida e os reais adquirentes. Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

Assim, a mesma conclusão anterior aqui se impõe: a objeção à teoria do propósito negocial como critério para análise de negócios jurídicos não foi firmada com autonomia suficiente para se cogitar que o entendimento assim estabelecido seria aplicável a qualquer operação. Também aqui o paradigma trata da interposição de empresa veículo antes da aquisição, com a peculiaridade de duas serem as adquirentes, ao passo que no presente caso o ágio amortizado já existia em outra pessoa jurídica do grupo empresaria e foi transferido e majorado antes de sua amortização fiscal pela Contribuinte.

Por todo o exposto, não há autonomia no fundamento destacado dos paradigmas e os contextos fáticos lá analisados são distintos do presente nestes autos, o que impede a caracterização do dissídio jurisprudencial e impõe o NÃO CONHECIMENTO do recurso especial no tópico III.4 - *Da Impossibilidade de se aplicar a Teoria do Propósito Negocial*.

No tópico III.5 - *Da Existência de Propósito Negocial em decorrência da Motivação Fiscal* –, o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

16. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *a inexistência de um legítimo propósito negocial que justifique a realização das complexas operações desenvolvidas, além do simples efeito de utilização de benefícios fiscais, concorre para o impedimento da utilização do referido ágio*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1201-001.507, de 2016, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, de modo diametralmente oposto, que *o conceito a ser adotado para definir o propósito negocial deve ser no sentido de considerar a busca pela redução das incidências tributárias, por si, como um propósito negocial que viabiliza a dedução do ágio*, ou seja, *a economia tributária pode ser considerada um propósito negocial* (primeiro acórdão paradigma) e que *os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio* (segundo acórdão paradigma).

Os paradigmas indicados são os mesmos do tópico III.4 e, como visto, a decisão de ambos se deu em razão da suficiência da motivação fiscal em operações nas quais há capitalização prévia de pessoa jurídica nacional, que promove a aquisição e é, na sequência incorporada pela adquirida. Logo, pelas mesmas razões antes expostas, deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial da Contribuinte na matéria III.5 - *Da Existência de Propósito Negocial em decorrência da Motivação Fiscal*.

No tópico III.7 - *Da existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio* -, o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

18. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não há outra fundamentação econômica para a realização de todas as operações apresentadas*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 1102-000.982, de 2013, e 1302-001.186, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, *se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária* (primeiro acórdão paradigma) e que *fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais* (segundo acórdão paradigma).

Também aqui este tópico é subsidiário às matérias tratadas nos itens III.2 e III.3, e tem por objetivo afastar algum argumento que subsista a impedir o acolhimento da defesa no

sentido de que não há óbice à amortização fiscal do ágio transferido e da parte formada entre partes relacionadas. Como já dito, no acórdão recorrido, a ausência de propósito negocial foi analisada no contexto da operação examinada e sob a premissa inicialmente fixada de o ágio ser interno e neste tópico a Contribuinte contrapõe esta decisão aos paradigmas n.º 1102-000.982 e 1302-001.186 para, caso se entenda pela possibilidade de desconsideração dos negócios jurídicos por ausência de propósito negocial e pela impossibilidade de a busca por uma economia fiscal não ser legítimo propósito, ter-se em conta que *no caso concreto o propósito negocial está presente em razão da existência de estrutura alternativa que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio*, em especial porque *não existiam vedações de ordem tributária para que a Ultrapar Participações incorporasse diretamente a CBPI e a DPPI, aproveitando, assim, diretamente o ágio gerado na aquisição desses ativos de parte independente*.

Como se vê, tal argumentação está limitada ao ágio originalmente escriturado na aquisição das investidas – referido como *pelo menos no que diz respeito à parcela de, aproximadamente, 449 milhões* –, e não contempla a majoração registrada na transferência entre partes relacionadas.

Recentemente esta Conselheira analisou arguição semelhante no caso objeto do Acórdão n.º 9101-006.250, consignando no voto condutor¹⁴ deste precedente que:

Na matéria (3) “*existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio*”, o recurso especial da Contribuinte teve seguimento com base nos paradigmas n.º 1102-000.982 e 1302-001.186, porque:

Enquanto a decisão recorrida entendeu que *faltou qualquer objetivo ou propósito negocial na operação, e esta poderia ser obtida da mesma forma sem a participação da GLBBT*, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos n.ºs 1102-000.982, de 2013, e 1302-001.186, de 2013) decidiram, de modo diametralmente oposto, que, *se houve o uso da empresa veículo era porque se desejava manter intactas as duas empresas existentes por razões diversas da tributária* (primeiro acórdão paradigma) e que *fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais* (segundo acórdão paradigma).

Inicialmente cabe registrar uma significativa semelhança da matéria em questão em relação às antes analisadas, no âmbito das quais os questionamentos postos à interposição de GLBBT nestes autos foram confrontados com paradigmas nos quais não se verificou vício em tal interposição e validou-se a operação porque apresentado propósito negocial para sua realização no formato questionado. Logo, não se trata, apenas, de se admitir o aproveitamento fiscal do ágio porque havia um propósito negocial, mas sim de se superar a interposição de GLBBT questionada pelo Fisco.

Sob esta ótica, portanto, quando a recorrente afirma a *existência de propósito negocial em face das diversas estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio*, acaba, em verdade, deduzindo outros dois paradigmas que tratam da validade da interposição de GLBBT sob a ótica de que havia propósito negocial para que a operação fosse assim realizada.

De toda a sorte, importa observar que o paradigma n.º 1102-000.982 não negou provimento ao recurso de ofício por atestar a existência de propósito negocial, mas sim em razão da acusação fiscal ter se prendido à última etapa da operação e assim concluído que o ágio seria interno:

É bem verdade que, na situação destes autos, não ficou claro porque não se optou pela incorporação direta, preferindo-se a operação com o uso de empresa

¹⁴ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente) e divergiu no conhecimento desta matéria o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

veículo. Mas isso decorre do fato de a fiscalização não ter realizado qualquer pesquisa da motivação dos atos negociais, preferindo analisar a segunda operação de forma desvinculada da imediatamente anterior, onde o sobrepreço havia sido pago.

Assim, apesar de considerar que é necessário se justificar qual o motivo para não se utilizar da incorporação direta e se optar pelo uso de empresa veículo para o aproveitamento do ágio em outra empresa do grupo, penso que o trabalho fiscal não trouxe espaço para a apresentação dessa justificativa ao concentrar a acusação apenas na última etapa da operação. Diante da imputação fiscal de não se tratar de ágio pago, o contribuinte centrou sua defesa na criação do ágio na etapa anterior, quando da aquisição da Isoladores Santana de seus acionistas minoritários.

Dessa forma, concordo com o raciocínio da decisão recorrida de que a acusação fiscal é incorreta, porque reputou como interno e sem fundamento ágio que foi devidamente pago em operação anterior, não possuindo, nesse sentido, correlação com os fatos efetivamente existentes. *(negrejou-se)*

Já com referência ao paradigma nº 1302-001.186, há similitude porque a análise do propósito negocial acerca da empresa veículo teve em conta operação na qual ela foi constituída antes de efetivada a aquisição do investimento:

Neste ponto, alerto que a recorrente tem razão quando alega que a NAVPAR não é exatamente uma empresa veículo, pelo menos, não nos moldes dos planejamentos tributários mais comuns, nos quais, primeiro, adquire-se a participação de uma operacional com ágio e, a partir daí, se cria uma empresa veículo, para transferir o ágio para a operacional.

Essa operação, que costumo chamar de “transferência de ágio externo”, cujo termo externo é apenas para frisar que há um efetivo pagamento do ágio a terceiros, foi muito comum durante o processo de privatizações. Por outro lado, a única diferença da operação ora *sub examine* e a operação de transferência de ágio externo acima referida é que, no presente caso, o ágio foi pago para adquirir a participação na NAVPAR, ou seja, na denominada empresa veículo, pois essa já surgiu antes da operação de alienação da participação da operacional (Auto Viação Navegantes).

Assim, o cerne da questão ora em julgamento reside, primeiramente, em saber se há provas nos autos de que a recorrente acordou com Alexandre e Maria Schewc que eles iriam constituir a NAVPAR, para depois realizar a venda da participação para a recorrente.

Em segundo, há que se perquirir se tal conduta se enquadra no conceito de simulação. Por último, verificar se houve ato dissimulado e se incidiria norma tributária mais gravosa sobre ele. Vejamos então, a última parte da síntese dos fatos segundo o relatório da decisão recorrida.

[...]

Os fatos acima narrados evidenciam que, certamente, foi previamente acordado entre a recorrente e a Sogil com os alienantes que estes iriam, primeiro, constituir a NAVPAR e, para ela, transferir a participação que detinham na Auto Viação Navegantes. Ou seja, houve um pacto antes da operação de compra e venda da participação societária, sendo que a vontade dos adquirentes certamente influenciou (ou mesmo foi determinante) na constituição da NAVPAR pelos alienantes.

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schewc. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a

recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindila e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Solução semelhante poderia ser aqui aplicada, considerando a atuação de GLA Brasil, GLBBT e a autuada (SKY).

Por tais razões, é passível de CONHECIMENTO o recurso especial da Contribuinte quanto à matéria (3) *“existência de propósito negocial em face de outras estruturas possíveis para o aproveitamento fiscal do ágio”*, mas apenas em face do paradigma nº 1302-001.186.

No recurso especial sob exame, a Contribuinte extrai as mesmas referências de ambos paradigmas:

Contudo, tal entendimento diverge totalmente do posicionamento adotado no acórdão paradigma nº 1102-000.982 (Doc. 10), por meio do qual a 2ª Turma da 1ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF entendeu que a existência de estrutura alternativa confirmaria a existência de propósito negocial da operação. Veja-se:

[...]

Ainda, no mesmo sentido, confira-se o posicionamento adotado no outro acórdão paradigma nº 1302-001.186 (Doc. 11):

[...]

Assim, o paradigma nº 1102-000.982 deve ser afastado pelas mesmas razões expostas no precedente referido, ainda que se possa cogitar de alguma divergência jurisprudencial frente a seus fundamentos, mas que não foi suscitada pela Contribuinte. Já o paradigma nº 1302-001.186 não pode ser aqui admitido, vez que não está em debate a interposição de empresa veículo para aquisição de investimento, mas sim de ágio pago, presente no patrimônio de outra empresa do grupo empresarial, que é transferido e majorado para amortização fiscal pela autuada.

Diante do exposto, NEGA-SE CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria III.7 - *Da existência de propósito negocial em face de estrutura alternativa para aproveitamento fiscal do ágio*.

Por fim, com respeito ao tópico III.8 - *Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização*, o recurso especial teve seguimento sob a seguinte premissa:

20. Enquanto a decisão recorrida entendeu que *não há como se acatar a dedução de uma despesa inexistente, com amortização do ágio interno, para fins de determinação do resultado do exercício e, em consequência, de apuração da base de cálculo dessa contribuição* (CSLL, esclareço), os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente

oposto, que inexistia previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Este tópico também é subsidiário às matérias tratadas nos itens III.2 e III.3, e tem por objetivo afastar algum argumento que subsista a impedir o acolhimento da defesa no sentido de que não há óbice à amortização fiscal do ágio transferido e da parte formada entre partes relacionadas. No acórdão recorrido, a impossibilidade de dedução do ágio amortizado na base de cálculo da CSLL foi decidida sob a ótica de uma despesa inexistente, dada a premissa inicialmente fixada de o ágio ser interno. A Contribuinte aqui argumenta inexistir *na legislação fiscal qualquer previsão no sentido de que as despesas de ágio consideradas indedutíveis na apuração do lucro real também o serão na apuração da base de cálculo da CSLL, que segue regras próprias*, e aponta os paradigmas que assim teriam reconhecido.

Esta Conselheira já manifestou sua discordância quanto à caracterização de dissídios jurisprudenciais semelhantes em face de ambos paradigmas, consoante voto vencedor¹⁵ expresso no Acórdão nº 9101-006.049:

E o dissídio jurisprudencial em tela teve seguimento sob os seguintes fundamentos expressos no exame de admissibilidade:

(8) “inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considera indedutível pela fiscalização”

Decisão recorrida:

REFLEXO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.

Acórdão paradigma nº 9101-002.310, de 2016:

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

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 1103-00.630, de 2012:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Com relação à dedução das despesas de amortização do ágio, para fins da CSLL, registro que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

25. Por fim, com relação a essa oitava matéria, também ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma

¹⁵ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Alexandre Evaristo Pinto.

incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

26. Enquanto a decisão recorrida entendeu que, para fins da CSLL, deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após interposição de empresa veículo que dissimula o real adquirente, surge sem substância econômica no patrimônio da investida, os acórdãos paradigmas apontados (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1103-00.630, de 2012) decidiram, de modo diametralmente oposto, que inexistia previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial (primeiro acórdão paradigma) e que não há previsão legal para a indedutibilidade dessas despesas, tal como é preceituada para o lucro real, pelo art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (segundo acórdão paradigma).

Como se vê, a premissa do acórdão recorrido é no sentido de que um ativo que surge sem substância econômica no patrimônio da investida, porque mantido sob a titularidade do real adquirente, não pode gerar amortização que afete o lucro contábil, ensejando a glosa reflexa na base de cálculo da CSLL. Já o primeiro paradigma analisou lançamento no qual a amortização do ágio foi adicionada na base de cálculo do IRPJ, porque o investimento permanecia no patrimônio do investidor, e a autoridade lançadora exigiu que a mesma adição fosse promovida na base de cálculo da CSLL.

De fato, o paradigma nº 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Nada, no referido julgado, permite concluir que a mesma solução seria dada na hipótese em que a amortização do ágio se mostre indedutível por ausência de confusão patrimonial entre investida e investidora, aspecto que, como referido no acórdão recorrido, afetaria o próprio reconhecimento contábil da amortização da investida.

Quanto ao paradigma nº 1103-00.630, embora ali também se tratasse de amortização fiscal do ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, e seu voto condutor traga argumentos contrários à indedutibilidade das amortizações no âmbito da CSLL, importa observar que naqueles autos foi dado provimento integral ao recurso voluntário, afirmando-se o não cabimento da glosa não só na base da CSLL, como também do IRPJ. Assim, o outro Colegiado do CARF decidiu a questão sob circunstâncias distintas daquelas que a Contribuinte quer ver prevalecer nestes autos, qual seja, que a exigência de CSLL seja cancelada ainda que afirmada a indedutibilidade no âmbito do IRPJ. O exame do paradigma evidencia não ser possível cogitar se a mesma decisão seria adotada caso aquele Colegiado reconhecesse a indedutibilidade das amortizações no âmbito do IRPJ.

Estas as razões, portanto, para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte em menor extensão, apenas em relação à matéria “utilização de empresa veículo”.

Assim, por estas mesmas razões deve ser NEGADO CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria III.8 - *Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível pela fiscalização*, subsistindo a exigência de CSLL vinculada como reflexo da discussão nos tópicos III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”* e III.3 - *Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas*.

O presente voto, assim, é por CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial da Contribuinte nas matérias: i) III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio*

Interno”, mas apenas com respeito à premissa do recorrido de que o ágio transferido constituiria um “novo ágio” ou “ágio interno”, e não conservaria seu fundamento econômico original, sem apreciar se eventual reforma desta premissa leva ao cancelamento do lançamento, e ii) III.3 - Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas.

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

Com respeito à matéria III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”,* tem-se no Termo de Verificação Fiscal os questionamentos dirigidos às exclusões apropriadas a partir de dezembro/2008, com respeito a ágio no valor total de R\$ 629.160.205,50 e mensal de R\$ 10.486.003,43. Diante da informação de que tal ágio *foi gerado na aquisição de DPPI e CBPI e registrado em razão do aumento e integralização de capital na Ultragaz Participações Ltda*, a autoridade fiscal consigna que *pelo conceito de aquisição, na visão desta Fiscalização, somente há preço ou custo de aquisição quando há dispêndio para se obter algo de terceiros*. A Contribuinte adicionou que *o ganho de capital apurado na Ultrapar Participações decorrente da operação teria sido devidamente tributado no ano-calendário competente*.

Depois de referir todos os atos vinculados às operações investigadas – dentre os quais consta a informação da Contribuinte de que em 2007 houve a *Aquisição de CBPI/DPPI* por Ultrapar Participações S/A, com custo total de R\$ 1.835.617.398,36 e ágio fundamentado em rentabilidade futura de R\$ 449.880.806,94 –, a autoridade lançadora discorre sobre a legislação de regência das repercussões tributárias do registro contábil de ágio, ressaltando sua indedutibilidade como regra antes da *alienação/liquidação do investimento*, e a possibilidade de dedução na forma do art. 386 do RIR/99, mas na presença de pagamento efetivo entre partes independentes. Registra que com o surgimento das reorganizações societárias pautadas no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, *os grupos econômicos simplesmente passaram a reavaliar participações societárias que já possuíam, gerando um ágio, para integralizá-las no capital social de empresas veículo, que eram posteriormente incorporadas pelas próprias empresas reavaliadas*, e adiciona:

4.24 Concluimos assim que o pressuposto do planejamento tributário ensejador de ágio interno é, via de regra, a decisão de um grupo econômico (Grupo Ultra), diante de Pessoas Jurídicas (PJ's) lucrativas e produtoras de riqueza (CBPI e DPPI) com Patrimônios Líquidos defasados em relação aos seus valores de mercado, de reavaliar os patrimônios líquidos destas, e, ainda, amortizar fiscalmente os ágios gerados por consequência destas avaliações.

4.25 Logo, em relação à presente autuação, temos:

- a) PJ's objetos das avaliações – PJ's lucrativas e produtoras de riqueza com Patrimônios Líquidos defasados em relação aos seus valores de mercado – Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga - CBPI (CNPJ/MF nº 33.069.766/0001- 81) e Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S.A. – DPPI (CNPJ/MF nº 92.689.256/0001-76);
- b) PJ “adquirente” – PJ, que deverá servir como empresa-veículo para a contabilização e posterior transferência dos ágios a serem criados, sendo, via de regra, uma empresa não operacional ou com atividades inexpressivas, ou seja, não produz riqueza relevante – Ultragaz Participações S.A. – ULTRAGAZ (CNPJ/MF nº 57.651.960/0001-39);
- c) PJ “alienante” - PJ Holding, controladora das demais – Ultrapar Participações S.A. - ULTRAPAR (CNPJ/MF nº 33.256.439/0001-39).

Confrontando os esclarecimentos prestados pela Contribuinte durante o procedimento destaca: i) o ágio amortizado foi gerado internamente porque *o ágio originalmente pago pela ULTRAPAR, na aquisição das ações das empresas CBPI e DPPI, aos controladores do então Grupo Ipiranga, foi registrado e baixado pela ULTRAPAR em 2008*; ii) *houve um planejamento com a utilização de empresa veículo para aproveitamento fiscal do ágio, dado o curto espaço de tempo entre o aporte das ações na ULTRAGAZ (31/10/2008) e sua incorporação reversa pela CBPI (26/11/2008)*; iii) *não houve qualquer motivação empresarial para esses procedimentos além do óbvio aproveitamento do benefício fiscal da amortização do ágio*; e iv) *a artificialidade da empresa veículo está no cancelamento da sua participação no negócio ao final das operações com, não raro, consequente dissolução/extinção*.

Conclui, assim, que o ágio *não atende aos requisitos básicos que o habilitam a ser amortizado para fins tributários, tanto pelo aspecto negocial quando pela interdependência das partes envolvidas*, e prossegue descrevendo os eventos questionados e totalizando as amortizações apropriadas nos anos-calendário 2012 e 2013 em R\$ 125.832.041,12 e R\$ 115.346.037,69. Depois de referir doutrina acerca do planejamento tributário promovido, arremata consignado que:

6.3 Os elementos coletados na presente Ação Fiscal, e na Ação Fiscal anterior, demonstram claramente que o **objetivo preponderante, senão único, alcançado na reorganização societária envolvendo a IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A foi o aproveitamento fiscal do ágio interno** na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

6.4 **Não houve ingresso de novos recursos em todo o processo envolvendo as reorganizações societárias**. A operação resumiu-se ao registro contábil de um suposto ágio, derivado de expectativa de rentabilidade futura, apurado em uma operação de reorganização societária entre pessoas do mesmo grupo econômico, com o intuito preponderante de reduzir a tributação, **sem nenhuma fundamentação econômica**.

6.5 **Em nenhum momento houve o efetivo pagamento deste ágio pelo controlador ou suas controladas**.

[...]

7.4 No contexto aqui presente, não é concebível, econômica e contabilmente o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidencição pela contabilidade e, consequentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR (Decreto nº 3.000/99). *(destaques do original)*

O Colegiado *a quo* se opôs à amortização do ágio por não admitir a *transferência* e o *incremento* resultantes das operações realizadas. Com respeito à transferência, extrai-se do voto condutor do julgado que o grupo empresarial implementou as operações para *possibilitar a utilização imediata do ágio*, sem que se verificasse a *alienação do investimento*. Reconheceu-se que houve *ágio pago na aquisição original*, cuja utilização para redução das bases tributáveis seria a única motivação negocial das operações realizadas. Concordou-se, também, com as razões de decidir de 1ª instância, das quais destaca-se o entendimento de que *a Ultragaz não suportou o ágio registrado, uma vez que, o ágio foi gerado entre empresas do mesmo grupo econômico e não houve efetiva aquisição do investimento, apenas o aporte das ações em virtude do aumento de capital, sendo que o ágio na aquisição da CBPI e da DPPI foi totalmente baixado no momento da operação de conferência de ações, foi utilizado para reduzir a receita,*

como custo, de modo que não há que se falar em transferência do ágio para a Ultragaz, mesmo porque o mesmo ágio não poderia ser novamente aproveitado. Ou seja, o ágio registrado na Ultragaz é um novo ágio, gerado dentro do grupo Ultrapar, ágio interno, não aceito para a contabilidade, nem para fins fiscais.

Esta Conselheira já enfrentou variados litígios que confrontaram transferência de ágio em face da impossibilidade de amortização fiscal quando o investimento é replicado em pessoas jurídicas interpostas, mas subsiste no patrimônio da investidora original, com o potencial de seu custo afetar ganho de capital em alienação futura do investimento não extinto pela confusão patrimonial que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 demandam para permitir a dedução, no lucro tributável, desta amortização. Premissa desta análise é que não há surgimento de um “ágio novo”, mas sim mera permuta ativos sem qualquer novação em sua substância: o ativo correspondente à participação societária adquirida com ágio na investida é convertido em ativo por participação societária na empresa-veículo de valor equivalente, apenas que sem destaque de ágio. Por esta razão, somente existe o ágio da operação original, e a sua réplica na pessoa jurídica interposta não é passível de amortização ainda que o investimento ao qual se associa esta réplica seja extinto mediante incorporação entre a pessoa jurídica interposta e a investida. A lei somente permite a amortização fiscal se o ágio da operação original, após a liquidação do investimento correspondente no encontro dos patrimônios da investidora e da investida, subsistir no patrimônio da pessoa jurídica remanescente, para ser amortizado sem a possibilidade de sua réplica constituir custo de aquisição em apuração de ganho de capital por alienação futura.

Esta interpretação da legislação tributária confronta a tese adotada pela autoridade fiscal no ponto em que conclui que *a ULTRAPAR procedeu à baixa do ágio, relativo às empresas CBPI e DPPI, surgido nas operações de aquisição do Grupo Ipiranga, no momento do aporte das ações destas empresas, detidas pela ULTRAPAR, na subscrição e integralização do aumento de capital social promovido na ULTRAGAZ*. Quando ULTRAPAR decide aumentar o capital social na ULTRAGAZ em R\$ 2.452.585.237,38, conferindo-lhe, além de parcela em moeda nacional (R\$ 222.112.435,83), o montante de R\$ 2.230.472.801,55 a título de ações ordinárias e preferenciais de emissão da CBPI pelo valor de R\$ 1.592.884.789,65, e ações ordinárias e preferenciais de emissão da DPPI pelo valor de R\$ 637.588.011,90, em uma operação sem a intervenção de terceiros independentes e transitoriamente, até a incorporação entre as investidas e ULTRAGAZ, a investidora apenas renomeia seus investimentos, sem lhes alterar a substância. Em suma, não há ágio novo.

Não se discorda da exposição dos eventos contábeis ocorridos na transferência dos investimentos, na forma assim expressa pela autoridade julgadora de 1ª instância e acolhida no acórdão recorrido:

Esclarecendo, a Ultrapar registrou em sua contabilidade a receita de alienação de bens de R\$ 2.230.472.801,55 e o valor contábil dos bens e direitos alienados de R\$ 2.074.962.470,86. Neste valor, além do valor do investimento R\$ 1.601.432.596,05, está incluído o valor do ágio ainda não amortizado. A diferença entre a receita e o valor contábil (neste incluído o ágio) foi oferecida à tributação. Ou seja, o ágio na aquisição da CBPI e da DPPI foi totalmente baixado no momento da operação de conferência de ações, foi utilizado para reduzir a receita, como custo. Assim sendo, não há que se falar em transferência do ágio para a Ultragaz, mesmo porque o mesmo ágio não poderia ser novamente aproveitado.

Contudo, na medida em que tal se dá com vistas, apenas, ao aproveitamento fiscal do ágio sem a necessária confusão patrimonial entre a investidora e a investida, demandada no art. 7º da Lei nº 9.532/97, não deve prevalecer, para fins tributários, a realidade assim constituída pelo grupo empresarial. O ágio transferido é baixado contabilmente sem qualquer

aproveitamento como redutor do lucro porque há reconhecimento equivalente de receita por superveniência ativa em razão do investimento na empresa veículo que passa a integrar o patrimônio da investidora original.

A abordagem do tema “transferência de ágio” por esta Conselheira tem sido orientada pelas premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado, como era exemplo o Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

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

1. Conceito e Contexto Histórico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em duas situações.

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

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

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹⁶. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

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

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

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar**

¹⁶ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

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

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

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

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento

da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão¹⁷.

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹⁸, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

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

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo

¹⁷ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

¹⁸ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI¹⁹ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista²⁰ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

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

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

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

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

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

²⁰ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

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

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

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

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

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

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

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

5. Amortização. Despesa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99²¹.

²¹ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

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

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

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

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

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora**

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

e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

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

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão,** na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA²².

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

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

²² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI²³, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

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

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

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

8. Consolidação

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

²³ SCHOUERI, 2012, p. 62.

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se pode concordar, sob estes fundamentos, que o ágio pago pela investidora originária A, ao ser transferido para a empresa-veículo C, tenha legitimamente integrado o patrimônio de C e, em face de sua unificação com a investida B, reste caracterizada a hipótese legal de amortização fiscal do ágio pago. Mas também não é possível, sob as mesmas premissas, afirmar que o ágio escriturado em A desapareceu e que a investidora original abdicou de amortizá-lo. O ágio permanece no patrimônio da investidora e é justamente a possibilidade de aproveitamento deste custo em eventual alienação do investimento que desautoriza a interpretação alargada dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 para permitir sua amortização fiscal em face de reorganizações societárias calcadas em sua transferência, como a aqui procedida.

Contrárias ao entendimento defendido no acórdão recorrido também são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-

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

[...]

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

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

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

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

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida²⁴. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se,

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.

Como expresso, em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora.

Frise-se que mesmo na hipótese presente, em que a adquirente original baixa o investimento original e reconhece ganho de capital pela associação desta baixa a uma reavaliação do investimento antes adquirido, a transferência também não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio. Ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pelas investidas, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora original, diversamente do que exige a lei.

Impõe-se concluir, daí, que no presente caso o “novo ágio” ou “ágio interno” somente poderia ser cogitado em relação ao acréscimo surgido em tal transferência, devendo ser reformado o acórdão recorrido neste ponto de insurgência, com o consequente retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciação dos demais argumentos do recurso voluntário da Contribuinte sob esta premissa. Como expresso na análise do conhecimento, não é possível antecipar a discussão acerca da existência, ou não, de fundamentos outros no lançamento que permitam sustentar, sob outra ótica jurídica, ou, ainda que parcialmente como ágio formado internamente ao grupo econômico, as glosas das amortizações de ágio, especialmente no que se refere ao mencionado “incremento” surgido na transferência do ágio surgido na aquisição das participações em CBPI e DPPI.

Reformada a premissa do acórdão recorrido quanto à classificação, como “interno”, do ágio antes surgido na operação realizada entre terceiros e posteriormente

transferido, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa do sujeito passivo quanto à impossibilidade de subsistência do lançamento, nem mesmo da parte correspondente ao incremento de ágio gerado internamente ao grupo econômico

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da Contribuinte na matéria III.2 - *Da Indevida Qualificação do Ágio como “Ágio Interno”*, para reformar a premissa do voto vencedor do acórdão recorrido quanto à classificação como “interno” da totalidade do ágio cujas amortizações foram glosadas, com retorno dos autos ao Colegiado *a quo*.

Prevalecendo este entendimento, a outra matéria com seguimento - III.3 - *Da Validade do Ágio gerado entre Partes Relacionadas* – perde o objeto porque o acórdão recorrido resta reformado na afirmação de que o ágio amortizado é interno. Somente com o seguimento da apreciação da defesa da Contribuinte, no retorno ao Colegiado *a quo*, será possível aferir se há parcela da exigência que possa subsistir sob o entendimento de que se trata de amortizações de ágio interno, devendo, inclusive, ser retomada a apreciação acerca da dedução dos valores pagos na operação de ganho de capital, admitida em razão da manutenção das glosas da amortização do ágio reconhecido como interno.

Assim, em razão da reforma da premissa do acórdão recorrido, e da necessidade de reexame pelo Colegiado *a quo* quanto à subsistência de alguma parcela passível de glosa como ágio interno, bem como em relação à extensão da dedução dos valores pagos na operação de ganho de capital, resta PREJUDICADA a apreciação do recurso especial da Contribuinte nesta segunda parte, na qual ela pretendia ver afirmada a dedutibilidade das amortizações de ágio ainda que formado internamente ao grupo econômico.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa