



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

**Processo n°** 19647.010151/2007-83  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9101-002.186 – 1ª Turma  
**Sessão de** 20 de janeiro de 2016  
**Matéria** Decadência. Ágio. Multa Isolada relativa a estimativas. Multa aplicada pela falta de retenção de IR-Fonte relativo a JCP.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

PROCESSOS COM RELAÇÃO DE DECORRÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO CONJUNTA PARA O RELATOR DO PROCESSO PRINCIPAL.

O fato de a compensação de prejuízos nos anos subseqüentes (2007/2008 - processo n° 10480.723383/2010-76) depender do estoque de prejuízos que remanescer nos autos que tratam dos anos anteriores (2001/2006 - processo n° 19647.010151/2007-83) não deixa dúvida de que há relação de decorrência entre os processos relativos a esse conjunto de períodos. Havendo relação de decorrência, é correta a distribuição conjunta dos processos para o conselheiro que havia recebido aquele que deve ser considerado como processo principal.

MULTA ISOLADA PELA FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE IR PELA FONTE PAGADORA, REFERENTE A PAGAMENTO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO (JCP). COMPETÊNCIA REGIMENTAL. NULIDADE DA DECISÃO QUANTO A ESSA MATÉRIA. APARTAÇÃO DOS AUTOS.

Conforme o Regimento Interno do CARF, a competência da 1ª Seção de Julgamento, relativamente ao IRRF, estava limitada (na época do julgamento do recorrido) aos casos em que esse tributo era conexo/decorrente/reflexo do IRPJ, referente às exigências lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, ou era antecipação do IRPJ. Se a exigência da multa pela falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora não guarda nenhuma relação com o lançamento de IRPJ contido nos presentes autos, nem utiliza os mesmos fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, e nem tampouco trata de antecipação do IRPJ, a competência para examinar a matéria é da 2ª Seção de Julgamento do CARF. As decisões para outros períodos autuados, referentes à mesma

contribuinte, confirmam a competência da 2ª Seção de Julgamento. O acórdão recorrido, exarado pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, padece de vício de nulidade por não observar as regras de divisão de competência estabelecidas no Regimento Interno do CARF. Os autos devem ser apartados, para que a multa isolada por falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora seja julgada por colegiado da 2ª Seção do CARF.

**DECADÊNCIA. NULIDADE PARCIAL DE DECISÃO. RETORNO À TURMA A QUO.**

A ausência de fundamentação é hipótese de nulidade, com substrato no inciso IX do art. 93 da Constituição da República de 1988 e nos arts. 131, 165 e 458 II do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), quando for impossível a convalidação. A decisão que deixe de apresentar os fundamentos vencedores para uma de suas matérias deve ter declarada sua nulidade parcial (apenas na parte não fundamentada).

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

**MULTA ISOLADA POR FALTA DE ESTIMATIVAS. RETORNO À TURMA A QUO PARA APRECIÇÃO DE QUESTÕES CUJO EXAME RESTOU PREJUDICADO NAQUELA INSTÂNCIA.**

Tendo sido restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa isolada por falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para o julgamento dos pontos específicos suscitados em relação a esta matéria, que não foram apreciados por ocasião do julgamento do recurso voluntário da contribuinte em razão do posicionamento adotado anteriormente naquela instância.

**LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.**

O entendimento adotado para o lançamento matriz estender-se-á ao lançamento reflexo, dada a íntima relação de causa e feito entre ambos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Decisão dos membros do colegiado: levantada a questão da distribuição por conexão do processo 10480.723383/2010-76, a Turma decidiu tratar-se de decorrência, mantendo o despacho de redistribuição por voto de qualidade. vencidos os Conselheiros Luís Flávio Neto, André Mendes Moura, Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, ficando prevento o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo. 1) Quanto ao conhecimento, por maioria de votos, Recurso Especial da Fazenda Nacional conhecido, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. 2) Por unanimidade de votos, declarada a nulidade da decisão referente ao Tema IRF, sendo a competência da 2ª Seção de Julgamento. 3) Quanto à decadência, por maioria de votos, anular a decisão com retorno dos autos à Turma a *quo*, vencido o Conselheiro André Mendes Moura. 4) Quanto ao mérito do Tema Ágio, por maioria de votos, Recurso Especial da Fazenda Nacional provido, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, mantendo as conseqüências em relação aos ajustes no estoque de prejuízos fiscais. A Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada) votou pelas conclusões. 5) Quanto às multas por estimativa, por unanimidade de votos, determinar o retorno dos autos à Turma a *quo* para julgamento. O Conselheiro Luís Flávio Neto apresentará declaração de voto.

*(documento assinado digitalmente)*

Carlos Alberto Freitas Barreto - *Presidente*.

*(documento assinado digitalmente)*

Rafael Vidal De Araujo - *Relator*.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO, RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

## Relatório

Trata-se de Recurso Especial (REsp) de divergência (fls.1.593/1.624; numeração digital: fls.2147/2209), interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em 17/07/2012, com fundamentos nos arts. 67 e 68 do Anexo II da Portaria nº 256, de 22/06/2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), alegando divergência jurisprudencial relativamente aos seguintes três assuntos ou temas, divididos pela recorrente em cinco, mas que ficam melhor reunidos entendendo-se os tópicos 3 e 4 da recorrente como subitens do tópico 2, como feito no exame de admissibilidade do REsp:

1º) decadência;

2º) despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários: a) falta de adição, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesa de amortização de ágio - redução do

prejuízo fiscal; e b) falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa - consequência tributária em razão da glosa de despesa do ágio - multa isolada;

3º) falta de retenção e recolhimento do IR-Fonte sobre a distribuição de juros sobre capital próprio (JCP) - multa de ofício - recolhimento do tributo e da multa moratória de forma espontânea.

2. A Recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 1201-00.689, de 08/05/2012, por meio do qual a Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento acordou, *"por unanimidade de votos em NEGAR provimento ao recurso de ofício e em DAR provimento ao recurso voluntário. Os conselheiros Marcelo Cuba Netto, Claudemir Rodrigues Malaquias e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz não acompanharam o Relator quanto à preliminar de decadência."*

3. O Acórdão Recorrido, da lavra do Conselheiro Rafael Correia Fuso, foi assim ementado:

**"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

NULIDADES. INEXISTÊNCIA.

Não se constata nos autos mudança de entendimento na decisão da DRJ, adotando os mesmos fundamentos do lançamento fiscal. Não há omissão quanto à análise da concomitância da multa isolada e da multa de ofício, conforme demonstrado nos autos.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.

A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99.

A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado.

Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos.

Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos.

DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - REDUÇÃO DO PREJUÍZO FISCAL

Considerando que a dedutibilidade da despesa do ágio foi correta, o saldo de prejuízo fiscal em 2006 se mantém conforme declarado pelo Recorrente.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA.

Uma vez efetuada a opção pela forma de tributação com base no lucro real anual, a pessoa jurídica fica sujeita a antecipações mensais do imposto, calculadas com base em estimativa. Sendo o ágio deduzido da base de cálculo

reconhecido, não há que se falar em multa de ofício isolada prevista no art. 44, II, da Lei 9.430/96.

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

O entendimento adotado para o lançamento matriz estender-se-á ao lançamento reflexo, dada a íntima relação de causa e efeito entre ambos.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. MULTA APLICADA PELA FALTA DE RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA.

A Lei nº 11.488/2007, alterou também a redação do artigo 9º da Lei 10.426/02, revogando a aplicação de multa de ofício isolada, limitando a aplicação da multa de ofício apenas nos casos de não recolhimento do tributo.

Quando da lavratura do Auto de Infração a Lei nº 11.488/2007 já havia revogado parcialmente parte do dispositivo do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, de tal forma que aquela penalidade não poderia ser mais aplicada em razão da falta de recolhimento da multa de mora. Ainda mais quando a multa de mora já havia sido recolhida pelo contribuinte.

Recurso voluntário conhecido e provido.

DA RECEITA DE RECOMPOSIÇÃO TARIFÁRIA (RTE). RECURSO DE OFÍCIO.

A diligência respondida pela DRF confirmou a falta de compensação dos créditos de IRPJ e CSLL declarados pela empresa em sua DIPJ quando da apuração do lançamento relativo ao período de janeiro a julho de 2001.

A imputação fiscal foi reformada em decisão da DRJ, reconhecendo que a empresa registrou em sua contabilidade a receita para recomposição tarifária, permitindo, com isso, a exclusão do lucro líquido na apuração do lucro real.

Recurso conhecido e não provido."

4. A recorrente afirmou que o acórdão diverge da jurisprudência administrativa e trouxe como paradigmas, para cada um dos assuntos recorridos, os acórdãos adiante identificados acompanhados de suas respectivas ementas.

4.1. 1º Tema: Decadência - Contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação nos casos da inexistência do pagamento antecipado.

4.1.1. 1º Paradigma: Acórdão nº 9101-01.347, de 15/05/2012 - Primeira Turma da CSRF, com esta ementa:

Assunto: Normas Gerais. Decadência. IRPJ.

Período de apuração: 4º Trimestre/1997.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, não existindo declaração previa do débito.

4.1.2. 2º Paradigma: Acórdão nº 2401-01.759, de 13/04/2011, assim ementado no que pertinente à lide:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/09/2003

PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTAGEM A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO REALIZADO.

Não se verificando antecipação de pagamento das contribuições, aplica-se para fins de contagem do prazo decadencial, o critério previsto no inciso I do art. 173 do CTN.

4.2. 2º Tema: Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários - Legalidade do planejamento societário e fiscal perante a legislação do Imposto de Renda e seus reflexos a exemplo de: a) falta de adição, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesa de amortização de ágio - redução de prejuízo fiscal; e b) falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa - consequência tributária em razão da glosa de despesa do ágio - multa isolada.

4.2.1. 1º Paradigma: Acórdão nº 103-23.290, de 05/12/2007, com a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

DECISÃO. FALTA DE EXAME INDIVIDUALIZADO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. VALIDADE. É válida a decisão que adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos de defesa.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA CONTROLADORA POR SUA CONTROLADA. ANO-CALENDÁRIO 2002. É permitida a amortização de ágio nas situações em que uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra, em consequência de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o disposto no artigo 385 do RIR/99, inclusive no caso de incorporação da controladora por sua controlada. Tratando-se de fundamento econômico lastreado em previsão de resultados nos exercícios futuros, a amortização se dá nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE "EMPRESA VEÍCULO". Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, taxa referencial

do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

**JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.** A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, esta prevista pelos artigos 43 e 61, §3º, da Lei 9.430/96.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA.** A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração decorrente ou reflexo, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

4.2.2.  
ementa:

2º Paradigma: Acórdão nº 1302-000.834, de 14/03/2012. Seguem excertos da

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ.**

Exercício: 2006.

(...)

**ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

**CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.**

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

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.**

Inexistindo nos autos elementos de convicção que possam servir de suporte para a exasperação da multa aplicada, há que se reduzir o percentual correspondente.

**MULTA DE OFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS.**

Na execução das decisões administrativas, os juros de mora à taxa selic só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa aplicada. Sobre a multa podem incidir juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados a partir do vencimento do prazo para impugnação.

4.3. 3º Tema: Falta de retenção e recolhimento do IR-Fonte sobre a distribuição de JCP - multa de ofício - recolhimento do tributo e da multa moratória de forma espontânea - Legalidade da aplicação do art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002:

4.3.1. Único paradigma: Acórdão nº 2102-00.465, de 02/02/2010, assim ementado no que interessa ao presente julgamento:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF**

Ano-calendário: 2003

**IRRF - FALTA DE RETENÇÃO - MULTA EXIGIDA DA FONTE PAGADORA**

Havendo previsão legal expressa para sua exigência, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, deve ser mantido o lançamento que exige da fonte pagadora a multa incidente sobre a falta de retenção e recolhimento do IRRF.

5. A Recorrente repartiu o seu REsp em quatro partes, a saber:

**I) Dos fatos** às fls.1.593-v/1.594-v ou fls. digitais 2.148/2.150, onde historiou o processo;

**II) Da divergência jurisprudencial existente** às fls.1.594-v/1.607-v ou fls. digitais 2.150/2.176, onde colacionou os paradigmas já enunciados;

**III) Dos fundamentos para reforma do acórdão recorrido** às fls.1.607-v/1.624 ou fls. digitais 2.176/2.209, onde tratou de cada um dos assuntos apontados no primeiro item desse relatório, subdividindo o tema 2 em: 2.a) Da indedutibilidade do ágio - generalidades, 2.b) "Ágio de si mesmo", 2.c) O ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pela CELPE não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99: i) Primeira impropriedade. O Novo Grupo de Controle não apresentou os requisitos para a amortização do ágio, ii) Segunda impropriedade. Ausência de incorporação do investimento, 2.d) Da aprovação das operações societárias pela ANEEL, 2.e) Da jurisprudência do CARF; e

**IV) Dos pedidos** à fl.1.624 ou fl. digital 2.209, onde pleiteia o conhecimento do REsp e seu total provimento, "*para reformar o acórdão recorrido, de forma a manter o lançamento em sua integralidade*".

5.1. É importante registrar os fundamentos trazidos pela PGFN para a reforma do acórdão recorrido relativamente aos tópicos sobre a amortização do ágio, conforme acima indicado:

### **2.a) Da indedutibilidade do ágio - generalidades**

- o ágio computado pela CELPE em decorrência da incorporação da Leicester não é dedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, seja pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (385 e 386 do RIR/99), seja por qualquer outra norma que autorize tal dedutibilidade;

- 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 (desdobramento do custo de aquisição);

- para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil;

- por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante;

- o ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, interdependentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres proporcionais;

- para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, é imprescindível a existência de substrato econômico à sua realização, ou seja, de transação econômica que materialize o valor de aquisição ao mesmo tempo pago pelo adquirente e recebido pelo alienante;

- a aquisição de um investimento, assim como de qualquer bem ou direito, deve sempre importar o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição, e, como consequência, no surgimento de ágio ou deságio;

- a Comissão de Valores Mobiliários - CVM emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007. A CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos como o da presente lide, onde o ágio é criado artificialmente; onde, indevidamente, empresas de um mesmo grupo econômico geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial);

- ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica OCPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

*É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação.*

- mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante desses dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil;

- a aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio;

- definidos esses pré-conceitos, parte-se à lide em si;

## **2.b) “Ágio de si mesmo”**

- o litígio envolve basicamente três acontecimentos. O primeiro concerne na aquisição da CELPE com ágio pelo Novo Grupo de Controle, mediante processo licitatório. Nesse ponto, não há divergência de que o Novo Grupo de Controle da CELPE efetivamente pagou ágio pela aquisição do investimento;

- o segundo acontecimento foi a subscrição, pelo Novo Grupo de Controle da CELPE, de ações da Guaraniana, com a entrega do investimento na CELPE;

- já o terceiro acontecimento, diz respeito à subscrição das ações da Leicester (99,99% do capital), pela Guaraniana, mediante integralização das ações de emissão da CELPE e sua avaliação pela rentabilidade futura;

- a fiscalização e o próprio contribuinte citaram durante o processo alguns documentos que atestam que a efetiva finalidade da segunda e da terceira operação era possibilitar a transferência, para a empresa operacional, do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle na aquisição da CELPE, conforme ficou devidamente explicitado nos documentos e no Termo de Encerramento elaborado pela auditoria fiscal;

- ora, se a essência de todo o negócio jurídico em tela foi o de possibilitar a transferência do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle para a CELPE, a segunda operação (a subscrição, pelo Novo Grupo de Controle da CELPE, de ações da Guaraniana, com a entrega do investimento na CELPE) e a terceira operação (subscrição das ações da Leicester, pela Guaraniana, mediante integralização das ações de emissão da CELPE) deveriam, em verdade, ser desconsideradas, pois representam mera formalidade. Não têm verdadeira substância econômica;

- e isso resta patente não apenas por todos os documentos existentes nos autos que demonstram a verdadeira causa negocial, como na própria utilização de "empresa veículo" (a Leicester, com existência efêmera, sem nenhuma atividade econômica - declarações de rendimentos não revelam nenhuma outra atividade a não ser a participação na CELPE, sem funcionários, com capital inicial de R\$ 100,00 e que recebeu, em subscrição de capital, investimento com o impressionante valor de mais de dois bilhões de reais);

- todavia (e de forma contraditória), uma das alegações do contribuinte é o de que as referidas operações devem ser analisadas de forma independente. Ou seja, a segunda e a terceira operação não representariam uma seqüência da primeira, em que efetivamente houve dispêndio de recursos e efetivo pagamento de ágio, mas uma operação autônoma, que gerou um novo ágio;

- com efeito, considerar a segunda e a terceira operação como fatos distintos e autônomos em relação à primeira (aquisição da CELPE pelo Novo Grupo de Controle, com ágio), implica, portanto, em buscar o fundamento do ágio amortizado exclusivamente nessas últimas operações (subscrição de capital da Guaraniana pelo Novo Grupo de Controle e subscrição do capital da Leicester pela Guaraniana);

- na segunda operação, houve integralização do aumento de capital da Guaraniana com as ações de emissão da CELPE adquiridas com ágio pelo Novo Grupo de Controle, sem maiores justificativas;

- na terceira operação, o ágio amortizado decorreu da avaliação da CELPE para fins de subscrição de capital na Leicester, de acordo com os arts. 7º e 8º da Lei das S/A. O critério de avaliação utilizado foi o valor de rentabilidade futura da CELPE. Posteriormente, a Leicester foi incorporada pela própria CELPE, possibilitando a amortização;

- entretanto, nessa hipótese (analisando-se exclusivamente a terceira operação), o ágio amortizado pela CELPE nasceu mediante operação entre sociedades do mesmo grupo econômico, com utilização de empresa veículo, não importou em dispêndio de recursos, e resultou da projeção da sua própria rentabilidade. Ou seja, o valor amortizado pela CELPE decorreu da rentabilidade da própria CELPE;

- ora, essa é exatamente a descrição do conhecido planejamento "ágio de si mesmo", que já foi devidamente proscrito pela jurisprudência do CARF;

- o Conselho vem decidindo que a despesa, quando tem por base a mais valia do patrimônio da própria sociedade que se beneficiará da amortização, aproveitada mediante operação com empresa veículo, na verdade está sendo "criada" sem uma base fática e, portanto, não pode ser amortizada, conforme o voto condutor do acórdão n.º 1301-00.058;

- se a subscrição de capital pelo Novo Grupo de Controle na Guaraniana fosse mesmo um fato distinto e autônomo da aquisição das ações da CELPE, então o fundamento do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle na aquisição da CELPE não seria o mesmo da subscrição de capital na Guaraniana e, posteriormente, na Leicester. E, se isso fosse procedente, o ágio amortizado pela CELPE teria origem num negócio jurídico entre empresas do mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, em que não houve verdadeiro dispêndio de recursos, e seu fundamento seria a rentabilidade da própria CELPE. Tal descrição corresponde exatamente ao planejamento "ágio de si mesmo";

- como explicar que uma pessoa jurídica passe a deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados? Além de economicamente sem essência, a situação é rigorosamente ilógica;

- o argumento do contribuinte de que a subscrição de capital pelo Novo Grupo de Controle na Guaraniana, e desta na Leicester, seriam operações autônomas, independentes, da verdadeira aquisição da CELPE, com o pagamento de ágio, pelo Novo Grupo de Controle, não faz sentido. Tal argumento justifica, em verdade, a manutenção integral do lançamento;

### **2.c) O ágio cuja despesa de amortização foi deduzida pela CELPE não cumpre as condições e requisitos impostos pelo artigo 386 do RIR/99.**

- ainda que se entendesse que o que houve na realidade foi a transferência do ágio do Novo Grupo de Controle para a CELPE, constatar-se-ia que, nesse caso, não foram cumpridos os requisitos legais para a amortização da quantia;

- o Novo Grupo de Controle adquiriu as ações da CELPE com o pagamento de ágio. Entretanto, por razões particulares, não era possível às empresas integrantes do grupo incorporar ou serem incorporadas pela CELPE, para então possibilitar a amortização do ágio nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97. Dessa forma, foi executada a operação societária já descrita, que possibilitou que o ágio fosse transferido para a CELPE sem a incorporação das empresas integrantes do Novo Grupo de Controle, e lá amortizado;

- o contribuinte apresenta razões que o impediram de realizar a operação nos moldes descritos nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 (aquisição de um investimento com ágio e posterior incorporação), mas seu entendimento é que essa inadequação poderia ser contornada (mediante a subscrição em uma holding e posterior incorporação) porque o ágio foi efetivamente pago. Essa argumentação acabou, por fim, sendo acatada pela decisão guerreada (processo n.º 19647.01051/2007-83 - Acórdão n.º 1201-00.689);

- ocorre que, renovadas as vênias, nesse raciocínio há duas impropriedades. A primeira é entender que as operações intermediárias, que possibilitaram a transferência do ágio para a sociedade operacional, pudessem sanar a ausência dos requisitos formais para que o Novo Grupo de Controle e a CELPE pudessem amortizar o ágio mediante incorporação. A segunda impropriedade é confundir o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 com um "favor fiscal" concedido por lei a ser fruído desde que o ágio fosse pago;

**i) Primeira impropriedade. O Novo Grupo de Controle não apresentou os requisitos para a amortização do ágio.**

- no presente caso, em primeiro lugar, se está claro que o Novo Grupo de Controle pagou ágio pela aquisição da CELPE ao Estado de Pernambuco, não está claro qual a sua motivação, se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura da CELPE. Isso porque não consta dos autos qualquer laudo de avaliação de tais ações;

- entretanto, o gozo do benefício aqui pretendido está condicionado ao cumprimento das normas de regência da matéria, que exige pelo menos a demonstração do fundamento econômico do ágio;

- ou seja, não se explicou qual o fundamento econômico para o pagamento de ágio pelo Novo Grupo de Controle;

- o contribuinte tentou contornar essa impropriedade mediante a apresentação do Laudo de Avaliação da CELPE (Doc. 25 do Auto de Infração) para subscrição de capital na Leicester, pela Guaraniana;

- o problema é que este é o laudo de avaliação da CELPE para fins de subscrição na Leicester. O laudo não se refere à operação de compra da CELPE pelo Novo Grupo de Controle, mas sim ao valor da CELPE para fins de subscrição na Leicester (terceira operação);

- o propósito do laudo não é explicar por qual motivo o Novo Grupo de Controle pagou ágio na aquisição da CELPE (se valor de mercado de bens do ativo, fundo de comércio ou rentabilidade futura). Mas, se a finalidade for a de explicar os motivos pelos quais o Novo Grupo de Controle pagou ágio na aquisição da CELPE, essa avaliação foi totalmente extemporânea, porque posterior à operação de compra da CELPE;

- o CARF analisou caso absolutamente idêntico ao presente, e manteve a autuação. Trata-se do acórdão nº 105-17.219, de interesse do contribuinte Ficap S/A;

- no caso apreciado pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, a empresa alegou ter adquirido determinado investimento com ágio, mas à época do seu registro não demonstrou o fundamento econômico;

- posteriormente, em vista do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, o contribuinte resolveu subscrever capital em uma empresa veículo para posterior incorporação, desta vez apresentando como fundamento da avaliação a rentabilidade futura do investimento;

- note-se que, igualmente ao caso em análise, o contribuinte alegava ter pago ágio quando adquiriu o investimento. Entretanto, não fora demonstrado, pelo adquirente, o seu fundamento econômico. O contribuinte tentou sanar esse problema mediante a subscrição de ações. A Câmara julgou que, sem a demonstração do fundamento do ágio na época do seu pagamento, a operação equivaleria a uma reavaliação da própria empresa (o "ágio de si mesmo"), e negou provimento ao recurso;

- a decisão acima em tudo se aplica ao caso presente. Da mesma forma, não se sabe por que razão o Novo Grupo de Controle pagou o ágio. Não existe uma avaliação prévia da CELPE que explique os motivos pelo pagamento da quantia, ou se existe, não há nos autos

qualquer cópia do referido documento. O contribuinte tentou solucionar esse problema mediante o laudo apresentado na subscrição de ações da Leicester. Mas esse laudo não é contemporâneo às operações realizadas pelo Novo Grupo de Controle, não faz menção às compras de ações, mas sim à subscrição de ações da Leicester, pela Guaraniã;

- por esse motivo, ao ostentar que todo o ágio pago se fundou em expectativas de rentabilidade futura (o que se apresenta absolutamente fictício), o grupo econômico ilicitamente aspirou ao benefício fiscal de amortizar todo o ágio pago, a despeito de a legislação vedar tal benesse em relação àquele estribado em outros fundamentos econômicos;

- dessa forma, não foi cumprido o requisito previsto no art. 20, §2º, alínea "b" do Decreto-Lei 1598/77, porque a pessoa jurídica que verdadeiramente adquiriu o investimento não indicou, por fundamento econômico do ágio, o valor de rentabilidade da controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros e fundada em laudo de avaliação contemporâneo à aquisição;

## **ii) Segunda impropriedade. Ausência de incorporação do investimento.**

- o segundo requisito para o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é a incorporação do investidor pela investida, ou da investida pelo investidor. Como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre do encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida e do ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial", a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição;

- todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a mais valia contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento;

- qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- importante esclarecer que os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não instituíram um favor fiscal nem subvenção àqueles que adquiriram investimentos com o pagamento de ágio;

- em verdade, desde o Decreto-Lei 1.598/77, ficou claro que a recuperação do valor pago a título de ágio não deve ser tributado pelo IRPJ. Segundo o DL 1.598/77, o ágio não seria amortizável da base de cálculo do IRPJ, mas comporia o custo do investimento na sua alienação (artigos 25 e 33);

- a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação;

- corroborando tal assertiva, a Exposição de Motivos da Lei nº 9.532/1997 consigna que a elaboração dos artigos 7º e 8º procurou justamente impedir a criação do ágio artificial, ou seja, a realização de um negócio fictício exclusivamente para fazer surgir um benefício fiscal, senão vejamos:

*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", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.*

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

- vê-se, assim, que a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi de repudiar ações como a praticada pelo recorrente junto com o seu grupo econômico, no qual a finalidade única da operação era gerar ganhos de natureza tributária ao contribuinte;

- a *mens legis* dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foi exatamente o de repudiar ações como a praticada pelo autuado, onde a única finalidade da operação foi a de gerar ganhos de natureza tributária ao contribuinte. A finalidade do referido dispositivo legal é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este investimento é extinto mediante a incorporação;

- se é essa a finalidade do dispositivo legal, faz algum sentido permitir a amortização, quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida? Nessa hipótese, cabe dizer que o ativo adquirido não poderá mais ser recuperado e assim justificar a amortização? Com todas as vênias, a resposta somente pode ser negativa;

- contudo, essa é a pretensão do contribuinte encampada pelo acórdão recorrido, ao se perceber que, ao final de toda a operação, tanto a sociedade que efetivamente pagou o ágio (empresas componentes do Novo Grupo de Controle) quanto o investimento adquirido (CELPE) não foram extintos;

- como já argumentado, o propósito comercial e o substrato econômico que deram origem ao ágio registrado ao final pela CELPE se encontram na operação societária realizada entre o Novo Grupo de Controle e o Estado de Pernambuco;

- portanto, o ágio registrado pela CELPE com a incorporação da Leicester apresenta seus fundamentos de existência, validade e eficácia relacionados intrinsecamente à operação societária realizada pelo Novo Grupo de Controle quando da aquisição das ações da

CELPE. Foi o Novo Grupo de Controle quem teve um propósito negocial ao pagamento do ágio, e quem de fato despendeu riquezas para a sua aquisição;

- a segunda e a terceira operação, referentes, respectivamente, à subscrição de ações realizadas na Guaraniana e na Leicester, apenas significou a transferência escritural desse ágio, não a sua criação, o seu surgimento. O propósito negocial e o substrato econômico do ágio estão presentes tão-somente na operação inicial;

- ora, se foi o Novo Grupo de Controle quem efetivamente pagou o ágio para a aquisição do investimento CELPE, o gozo do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 decorreria da extinção da CELPE (ou do Novo Grupo de Controle) com a incorporação, de modo que restasse impossível recuperar o ágio pago mediante a venda do investimento;

- ocorre que a transferência do ágio do Novo Grupo de Controle à CELPE, pretendida pelo contribuinte, representa uma fraude à finalidade legal. Com a transferência, o ágio passa a ser amortizado na CELPE, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSSL. Por outro lado, o Novo Grupo de Controle permanece de posse do seu ativo, cujo valor corresponderá ao valor de patrimônio líquido da CELPE, o qual estará inflado pelo ágio. Assim, o Novo Grupo de Controle poderá alienar o seu investimento pelo mesmo valor pago na aquisição e recuperar o ágio sem incorrer em ganho de capital;

- vê-se claramente como o planejamento tributário, longe de representar medida de "neutralidade fiscal", implica mesmo em uma fraude aos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97;

- as investidoras iniciais, na verdade, tentaram transformar o ágio pago por elas quando da aquisição das ações da CELPE em uma verdadeira "moeda de dedução" que poderia ser transmitida a quem elas quisessem. É evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, conforme se depreende do trecho da exposição de motivos acima mencionada;

- a conclusão adotada pela Fiscalização é acertada e irretocável. Uma vez o ágio registrado pela CELPE não tendo sido efetivamente suportado nem pela CELPE nem pela Leicester que, diga-se de passagem, foi utilizada como empresa veículo, ele não é dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99;

- dessa forma, tendo em vista o não cumprimento das condições para a fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, descabe admitir a amortização do ágio pretendido pela CELPE, razão pela qual merece reparo o acórdão guerreado;

## **2.d) Da aprovação das operações societárias pela ANEEL**

- convém, neste ponto, refutar ainda a conclusão do acórdão recorrido (processo nº 19647.01051/2007-83 - acórdão nº 1201-00.689) no sentido de que as operações societárias realizadas teriam recebido o aval da ANEEL, o que reforçaria a tese em favor do contribuinte quanto à transparência e licitude das operações;

- a submissão das operações societárias à ANEEL decorre de expressa determinação legal e, de forma alguma, pode representar uma decisão em matéria tributária. Tal agência carece desta competência;

- a obrigatoriedade de submissão das operações societária à ANEEL diz mais com o direito administrativo do que com o direito tributário. Isso porque as sociedades que contratam com o poder público, mais precisamente as sociedades empresárias que figuram como partes em contratos administrativos (do qual são espécies os contratos de concessão e permissão de serviços públicos), estão submetidas à disciplina jurídica diferente, no que tange às alterações e operações societárias ocorridas no bojo da sociedade;

- a legislação administrativa prevê uma série de mecanismos para amparar e garantir a execução dos contratos administrativos, tendo em vista que o licitante escolhido para firmar o contrato administrativo submete-se, em regra, a rigoroso procedimento licitatório, no qual é escolhida a melhor proposta e o licitante mais idôneo e capacitado à sua consecução;

- qualquer anuência da ANEEL relativamente às operações societárias do autuado diz respeito à capacidade das empresas envolvidas permanecerem na prestação dos serviços públicos;

- qualquer ilação acerca da licitude das operações sob o ponto de vista tributário, pelo simples fato de anuência da referida agência reguladora, deve ser rechaçada;

## **2.e) Da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

- a fim de demonstrar a pertinência do entendimento exposto quanto à indedutibilidade do ágio criado de forma artificial e à fraude na simulação cometida, transcrevem-se acórdãos deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os quais analisaram situações fáticas em tudo parecida ao do presente caso (ementas e votos transcritos).

6. Por meio do Despacho nº 1200-00.187 (fls. digitais 2.249/2.259), de 07/05/2013, o Presidente da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF reconheceu a tempestividade e deu seguimento integral ao Recurso interposto pela Fazenda Nacional. Vale transcrever trechos do referido Despacho:

"1 - Decadência - Contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação nos casos da inexistência do pagamento antecipado.

...

Assim, da mera leitura das ementas e dos acórdãos recorrido e os paradigmas apontados permite concluir que são acórdãos divergentes, pois tratam de matérias tributárias iguais, de fato e de direito, de forma diferente. Ou seja, tipificam tratamentos diferenciados, vez que, no acórdão recorrido entendeu-se que a contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação quando não houver pagamento antecipado inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, aquele imediatamente posterior ao dia 31 de dezembro do ano-calendário, que no caso em questão iniciou-se em 1º de janeiro de 2002. Por sua vez, nos paradigmas, ao contrário do que se concluiu no recorrido, entendeu-se que a contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação quando não houver pagamento antecipado inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, que no caso em questão iniciou-se em 1º de janeiro de 2003.

2 - Despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários - Legalidade do planejamento societário e fiscal perante a legislação do Imposto de Renda e seus reflexos a exemplo de: a) falta de adição, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesa de amortização de ágio - redução de prejuízo fiscal; e b) falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa - consequência tributária em razão da glosa de despesa do ágio - multa isolada.

...

Assim, da mera leitura das ementas e dos acórdãos recorrido e os paradigmas apontados permite concluir que são acórdãos divergentes, pois tratam de matérias tributárias iguais, de fato e de direito, de forma diferente. Ou seja, tipificam tratamentos diferenciados, vez que, no acórdão recorrido acolheu o entendimento de que a aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99. Por sua vez, nos paradigmas, ao contrário do que se concluiu no recorrido, entendeu-se, que não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu no dia seguinte. Sendo que nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio à incorporadora. Ou seja, ratificou-se a conclusão da auditoria fiscal no sentido da ilicitude da dedução do ágio, considerando-se, dentre outros argumentos, que inexistente na legislação norma que autorize transferência da despesa de ágio em momento posterior a aquisição da participação societária por pessoa jurídica.

3 - Falta de retenção e recolhimento do IR-Fonte sobre a distribuição de JCP - multa de ofício - recolhimento do tributo e da multa moratória de forma espontânea - Legalidade da aplicação do art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002:

...

Assim, da mera leitura das ementas e dos acórdãos recorrido e paradigma apontado permite concluir que são acórdãos divergentes, pois tratam de matérias tributárias iguais, de fato e de direito, de forma diferente. Ou seja, tipificam tratamentos diferenciados, vez que, no acórdão recorrido entendeu-se, que a Lei nº 11.488, de 2007, alterou também a redação do artigo 9º da Lei nº 10.426, de 2002, revogando a aplicação de multa de ofício isolada, limitando a aplicação da multa de ofício apenas nos casos de não recolhimento do tributo. Por sua vez, no paradigma apontado, ao contrário do que se concluiu no recorrido, entendeu-se que havendo previsão legal expressa para sua exigência, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426 de 2002, deve ser mantido o

lançamento que exige da fonte pagadora a multa incidente sobre a falta de retenção e recolhimento do IRRF."

7. O Contribuinte apresentou Contrarrazões (fls. digitais 2266/2351), repartindo sua peça jurídica em seis partes, a saber:

**I - Dos fatos** às fls.2268/2273, onde historiou o processo;

**II - Delimitação da Controvérsia: da matéria abordada no Recurso Especial** às fls. 2273/2274, onde tece breves esclarecimentos sobre os limites da matéria abordada no Recurso Especial;

**III - Do não preenchimento dos requisitos para admissibilidade e conhecimento do Recurso Especial** às fls.2274/2287, onde subdividiu em: III.1) Despesa de Amortização de Ágio e seus reflexos tributários, III.2) Aplicação da multa isolada de 75% em virtude da não retenção do IR pela fonte pagadora, III.3) Não conhecimento do Recurso Especial: impossibilidade do reexame de prova na instância especial;

**IV - Das razões para a manutenção do acórdão recorrido** às fls.2287/2334, onde subdividiu em: IV.1) Da decadência do direito de constituir os créditos tributários de IRPJ e da CSLL (Ano-base 2001), IV.2) Breves considerações acerca da operação em tela, este fracionado em: IV.2.1 - Natureza do Ágio e Seu Tratamento Tributário - Da existência de laudo de avaliação de ações - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme"), IV.2.2 - Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme"); IV.2.3 - Da utilização de empresa veículo; IV.2.4 - Da Correta Interpretação da expressão "participação societária adquirida com ágio", contida no artigo 386 do RIR/99; IV.2.5 - Da Inexistência de Excesso de Forma, do Abuso do Direito, Simulação e Fraude à Lei; IV.2.6 - Isonomia com Tratamento Fiscal do Deságio; IV.2.7 - Da Impossibilidade Da Cobrança Da Multa Isolada Em Razão Da Falta De Recolhimento Do IRPJ e Da CSLL Por Estimativa; IV.2.7.a - Da Inaplicabilidade Da Multa Isolada Em Razão Do Encerramento Do Ano-Base Quando Da Lavratura Dos Autos De Infração; IV.2.7.b - Da Inexistência De Base De Cálculo Para a Aplicação Da Multa Isolada; IV.2.8 - Da Duplicidade De Cobrança - Imposição Cumulada Da Multa Isolada Com a Multa de Ofício, IV.2.9 - Glosa De Compensação Indevida Do Prejuízo Fiscal e Da Base De Cálculo Negativa Da CSLL De Períodos Anteriores (Ano-Calendarário De 2006);

**V - às fls. 2334/2349**, assim subdividido: V.1 - Da revogação da hipótese de lançamento de multa isolada pelo não recolhimento do IRRF, V.2 - Da aplicação do Parecer Normativo CGT nº 01/2002, V.3 - Da Inexistência da Alegação de Inconstitucionalidade de Lei;

**VI - Do pedido** às fls. 2349/2350, onde pleiteia o não conhecimento do Recurso Especial, na forma reproduzida abaixo, ou, caso se entenda pelo conhecimento, que seja desprovido, "*mantendo-se incólume o acórdão recorrido*".

(i) no que tange à exclusão da multa prevista no inciso II, do art. 44 da Lei . 9430/96, a suposta divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente é pautada no entendimento firmado no VOTO VENCIDO do acórdão paradigma e, portanto, não preenche os requisitos formais de admissibilidade; e

(ii) quanto à possibilidade da dedução das despesas de amortização de ágio, os acórdãos indicados como paradigmas se referem a contextos fáticos

diferentes das operações societárias analisadas no presente caso, razão pela qual não se prestam para justificar a divergência jurisprudencial suscitada pela Recorrente.

7.1. Também é importante registrar os fundamentos trazidos pela contribuinte em suas Contrarrazões, defendendo a manutenção do acórdão recorrido relativamente ao direito de amortização do ágio, conforme os tópicos acima indicados:

### **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA OPERAÇÃO EM TELA**

- não há qualquer indício ou comprovação de que os atos praticados foram realizados de modo a encobrir, enganar ou impedir o conhecimento, pelo Fisco e por quaisquer de seus credores ou terceiros, de qualquer operação ou até mesmo da intenção de realizar o aproveitamento do ágio na Recorrida;

- ao contrário, todos os atos praticados pela Recorrida foram públicos (divulgados em jornais de grande circulação) e foram todos previamente submetidos à agência reguladora do setor de energia elétrica, a qual aprovou todas as operações pretendidas (Resolução ANEEL nº 459/00, Resolução ANEEL nº 539/00, Resolução ANEEL nº 192/01);

### **Natureza do ágio e seu tratamento tributário - Da existência de laudo de avaliação das ações - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme")**

- o benefício fiscal de dedutibilidade do ágio pago na aquisição de sociedades tem como objetivo incentivar a prática de fusões e aquisições, especialmente quando se tratasse de estatais em processos de privatização. No presente caso, como já mencionado, trata-se da aquisição de companhia estatal em processo licitatório de privatização. O processo de privatização foi completamente regular e todos os atos praticados estão de acordo com as normas de concessão do serviço público;

- um dos argumentos apresentados no Recurso Especial pela D. Procuradoria para reforma do acórdão recorrido é a suposta ausência de motivação do ágio pago pelo Novo Grupo de Controle, quando da aquisição das ações da CELPE por ocasião da privatização;

- no entanto, conforme claramente demonstrado nos autos e reiteradamente esclarecido, o fundamento econômico para o pagamento do ágio foi o valor de rentabilidade futura da Recorrida, o qual está devidamente comprovado pelos laudos de avaliação mencionados na impugnação - DOC. 06 anexo à impugnação. Todo o procedimento é de conhecimento público por se tratar de processo licitatório de privatização;

- além disso, é sabido que em todo processo de privatização é elaborado um estudo que irá embasar o preço mínimo proposto no Edital de privatização;

- por ocasião da sessão de julgamento do recurso voluntário, a ora Recorrida apresentou o Edital de licitação nº CD-Celpe/CN 01-98 (DOC. ANEXO) a fim de refutar a alegação colocada pela D. Procuradoria na tribuna no sentido de que não existiria laudo de avaliação das ações da CELPE;

- no referido Edital de licitação nº CD-Celpe/CN 01-98 (DOC. ANEXO), assim como acontece em todas as privatizações, consta a avaliação econômico-financeira e a

metodologia utilizada na determinação do valor econômico da empresa privatizada, nesse caso, da CELPE;

- portanto, totalmente descabida a alegação da Procuradoria no sentido de que não existiria uma avaliação prévia da CELPE que explique os motivos pelo pagamento da quantia;

- a operação encontra-se inserida no âmbito do Programa Nacional de Desestatização ("PND"), por meio do qual o Estado pretendia transferir para a iniciativa privada a prestação de diversos serviços públicos, que até então eram prestados pelo próprio Estado;

- o objetivo era aumentar a eficiência da prestação dos serviços e, com isso, obter uma redução das tarifas. As empresas privadas, por sua vez, adquiriam as empresas públicas com o pagamento de um ágio em função do potencial de lucratividade do segmento econômico em que começariam a atuar;

- a análise da operação como um todo demonstra o evidente fundamento econômico para a realização dos atos societários: o ágio legitimamente pago na aquisição da Recorrida no processo de privatização foi adquirido pela empresa Leicester, a qual foi absorvida pela Recorrida, que passou a amortizar esse valor com fundamento no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99;

#### **Motivo, Finalidade e Congruência do Negócio Jurídico - Da necessidade de análise das operações em conjunto ("filme")**

- a Recorrente alega que as operações realizadas pela Recorrida no presente caso não teriam propósito negocial, ou seja, não teriam um substrato econômico para a sua realização, já que, no seu entender, teriam sido realizadas apenas com o intuito de economizar tributos;

- no presente caso, admitindo-se os pressupostos dessa doutrina mais restrita, ainda assim, encontram-se presentes o motivo, a finalidade e congruência dos atos, pelo que não se pode admitir o entendimento da Recorrente;

- todos os atos praticados tiveram por motivo a aquisição da CELPE em processo de privatização, para o conseqüente aproveitamento do benefício fiscal de dedução do ágio gerado nessa aquisição nos estritos termos da Lei. Inclusive, ao longo desta defesa, demonstrou-se os motivos pelos quais foram adotadas outras estruturas ou outros caminhos quando da realização de todas as operações, tendo em vista as peculiaridades do caso;

- a finalidade da operação era a aquisição de uma instituição financeira de grande porte e participação no mercado brasileiro, como forma de expandir as atividades do grupo de empresas controladas pela Guarani S/A, atualmente denominada NEOENERGIA S/A;

- todos os atos societários praticados inserem-se congruentemente neste contexto da aquisição de uma concessionária de energia por um grupo detentor de grandes empresas concessionárias de energia elétrica (geradoras e transmissoras): (i) a forma de participação no leilão; (ii) os fluxos de caixa ocorridos; (iii) a necessidade da constituição de todas as

sociedades envolvidas; e (iv) todas as operações realizadas para reduzir estruturas desnecessárias e obter uma sinergia no grupo NEOENERGIA S/A;

- apesar da correlação entre as etapas acima ter sido minuciosamente esclarecida pela Recorrida em todos os seus recursos, a D. Procuradoria falaciosamente atribui à Recorrida assertiva que JAMAIS foi feita, no sentido de que as etapas deveriam ser interpretadas individualmente;

- o que a Recorrida sempre defendeu é que todos os atos devem ser interpretados como uma seqüência necessária à perfectibilização do propósito negocial;

- portanto, todos os atos praticados, analisados como um "filme", demonstram claramente a congruência do motivo e da finalidade da operação realizada pelo grupo NEOENERGIA S/A, os quais não eram predominantemente tributários. Dessa forma, não há que se falar em falta de propósito negocial ou ausência de pressuposto econômico, como originalmente afirmou o Sr. Agente Fiscal, estando presentes todos os requisitos exigidos pela nova corrente doutrinária;

#### **Da utilização de empresa veículo**

- alega a D. Procuradoria em suas razões de recurso especial que todo o negócio jurídico teria sido para possibilitar a transferência do ágio, mediante inclusive a utilização de empresa veículo;

- nesse ponto a Recorrida se socorre das premissas postas no Acórdão nº 1402-00.802, de relatoria do Conselheiro Antônio José Praga de Souza (caso Santander), a fim de demonstrar que não há qualquer abusividade ou ilicitude na operação realizada com empresa veículo;

#### **Da correta interpretação da expressão "participação societária adquirida com ágio", contida no artigo 386 do RIR/99**

- a Recorrente defende em seu recurso especial que para o cumprimento dos requisitos para fruição do benefício previsto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97, é necessário que haja a incorporação do investidor pela investida, ou da investida pelo investidor;

- a Recorrente sustenta que a Leicester Comercial S/A, empresa que teve seu capital social subscrito e integralizado com as ações da Recorrida, não poderia ser caracterizada como sendo a adquirente das ações em comento, já que somente as empresas compradoras das ações em leilão teriam essa condição;

- essa conclusão, contudo, não poderá prosperar. Veja-se. O termo AQUISIÇÃO, que é o núcleo da expressão legal ora analisada, é aplicado para definir o ato ou fato pelo qual ocorre a transferência da propriedade de determinado bem, seja a título gratuito ou oneroso;

- é de suma importância registrar que a Leicester Comercial S/A, ao receber as ações - e por isso ser legalmente considerada a adquirente dos valores mobiliários -, contabilizou a operação nos exatos moldes do artigo 385 do RIR/99, vale dizer, desmembrando o valor do investimento em valor patrimonial contábil e ágio;

- nem poderia ser diferente, já que o dispositivo legal já mencionado determina que "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 (...) valor do patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e (...) ágio ou deságio na aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior";

- note-se, uma vez mais, que a legislação que rege a matéria disciplina que a aquisição das ações com ágio é suficiente para, no momento da incorporação, fusão ou cisão, autorizar o benefício legal da dedutibilidade da despesa correspondente à amortização. Não há qualquer qualificação legal, atribuída a essa aquisição, que justifique o entendimento da Recorrente, notadamente porque não cabe ao intérprete restringir algo que a lei não o fez;

- assim, é bem verdade que as empresas compradoras das ações da Recorrida em leilão figuraram, inicialmente, como adquirentes dos referidos valores mobiliários. Mas também é verdade que a Guaraniana e a Leicester, quando receberam, cada uma no seu momento, as ações como integralização de capital, igualmente figuraram como adquirentes das ações com ágio, notadamente porque ocorreu, na integralização, a inegável transferência do domínio ou propriedade de uma coisa, móvel ou imóvel a que fez alusão De Plácido e Silva ao definir o termo AQUISIÇÃO;

- analisando-se o raciocínio desenvolvido pela D. Procuradoria no Recurso Especial, percebe-se que, na verdade, ao interpretar o artigo 386 do RIR/99, foi cometido grande equívoco de entendimento ao confundir o significado do termo "adquirida" com o do termo "comprada";

- a lei tributária (artigo 386 do RIR/99) não restringe a aplicação do benefício da amortização do ágio apenas aos casos em que a incorporação envolva o comprador das ações, mas sim aos casos em que esteja envolvido o adquirente!!

- é fato que a legislação tributária, para fins do benefício da dedutibilidade do ágio, exige apenas que a empresa incorporadora (ou incorporada, no caso do §6º, II, art. 386) detenha a participação societária adquirida (e não comprada) com ágio;

- claro está, portanto, que as ações podem ser adquiridas por meio de integralização de capital social (como ocorreu no presente caso), e não apenas por meio de contrato de compra e venda!

- assim, com base nas considerações acima, é correto afirmar que (i) para o legítimo aproveitamento fiscal do ágio, a legislação tributária exige apenas que a empresa incorporada (ou incorporadora) detenha ações adquiridas com ágio; e (ii) que é jurídico e plenamente legal adquirir ações mediante recebimento como integralização de capital, de modo que não pode prevalecer a alegação da Procuradoria no sentido de que apenas poderia ser considerada válida a aplicação do benefício fiscal do ágio caso a operação de incorporação envolvesse as empresas compradoras das ações;

### **Da Inexistência de Excesso de Forma, do Abuso do Direito, Simulação e Fraude à Lei**

- quanto à alegação de que foram as "Operações Estruturadas em Sequência e em Curto Intervalo de Tempo", deve-se destacar que a Recorrida sempre apresentou ao Fisco

todas as etapas que pretendia realizar, inclusive o objetivo final pretendido de aproveitamento do ágio. Conforme mencionado, essa situação final já era vislumbrada desde a realização do processo licitatório de privatização e decorre de benefício fiscal previsto em lei;

- quanto ao entendimento da D. Fiscalização, no sentido de que os atos praticados pela Recorrida caracterizam-se como operação preocupante já que deles decorre o "Deslocamento da Base Tributável", igualmente não assiste razão à D. Fiscalização, pois a alegada transferência da base tributável está expressamente prevista no artigo 386 do RIR/99, como já mencionado, configurando-se, pois, situação privilegiada por lei para incentivar determinadas práticas, dentre elas a valorização de empresas estatais em processo de privatização;

### **Isonomia com Tratamento Fiscal do Deságio**

- finalmente, é importante ressaltar o entendimento da Receita Federal no que tange à tributação do deságio gerado em operações societárias dentro do mesmo grupo, como as ocorridas no presente caso;

- de fato, caso a aquisição da participação societária tivesse se dado por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, teria sido reconhecido um deságio, nos termos do art. 385 do RIR/99;

- este deságio (quando fundamentado na expectativa de rentabilidade futura - inciso II do § 2º do artigo 386 do RIR/99) deveria ser amortizado e tributado durante os 5 anos subseqüentes à incorporação;

- com efeito, verifica-se que o deságio deverá ser amortizado, com a consequente tributação dessas receitas. Ressalte-se, neste sentido, que a Receita Federal já manifestou entendimento de que este deságio deveria ser tributado mesmo que fosse gerado em uma operação interna, dentro do mesmo grupo, como ocorreu no presente caso. Este foi o objeto do Acórdão 108-07.684;

- com efeito, conforme se percebe na manifestação da Receita Federal em casos análogos ao presente (aquisição de participação societária dentro do mesmo grupo), é entendimento do Fisco de que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação;

- contudo, a Receita Federal pretende, no presente caso, não admitir a dedutibilidade do ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico, por entender que não haveria motivo econômico para uma aquisição que não fosse a valor de patrimônio líquido. Trata-se de evidente tratamento desigual para situações idênticas - aquisição de participação societária a valor de mercado ("dois pesos, duas medidas").

8. É o relatório.

## Voto

### Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

#### **PRELIMINAR DE NULIDADE TRAZIDA EM SESSÃO:**

Nesta sessão de julgamento de janeiro de 2016, em sede de Memoriais Complementares, a recorrida trouxe uma preliminar de nulidade, nos seguintes termos:

**“Processos: 19647.010151/2007-83 e 10480.723383/2010-76**

Recorrida: **COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO**

Recorrente: Procuradoria da Fazenda Nacional

A Contribuinte/Recorrida teve ciência, em 15/01/2016, do despacho de fls. 1.710/1712, que determinou a redistribuição do Processo 10480.723383/2010-76 ao Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, por entender existir conexão/decorrência com o Processo 19647.010151/2007-83.

Todavia, como se passa a demonstrar, ambos os Processos devem ficar com o Conselheiro Marco Aurélio Valadão, que primeiro recebeu o Processo 10480.723383/2010-76, que é conexo e não dependente ao PAF 19647.010151/2007-83.

Isto porque, em **15 de maio de 2014**, o Processo nº 10480.723383/2010-76 foi sorteado para a relatoria do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Posteriormente, em **17 de julho de 2014**, o Processo 19647.010151/2007-83 foi distribuído ao Conselheiro Rafael Vidal.

Em seguida, o Processo nº 10480.723383/2010-76 foi incluído em pauta de julgamento por **5** (cinco) vezes pelo Conselheiro Marco Aurélio Valadão, até que, em **23 de novembro de 2015**, antes do reinício das atividades do CARE, foi redistribuído ao Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, conforme despacho de fls. 1710/1712, em virtude da suposta relação de **decorrência** com o Processo 19647.010151/2007-83.

No entanto, embora a relação de **conexão** seja clara e tenha sido reconhecida pela própria PGFN em seu Recurso Especial, constata-se que os Processos não mantêm a relação de **decorrência**, cujo conceito é indicado no inciso II, do §1º do art. 6º do RICARF.

Isso porque, as autuações tratam dos mesmos fatos e no Processo nº 10480.723383/2010-76 foi realizada nova fiscalização, em que foi apurado que a Recorrida continuou a deduzir as despesas de amortização de ágio nos períodos subsequentes aos autuados no presente Processo.

Ou seja, cada Processo é autônomo, independente e referem-se a glosa de amortização de ágio em períodos distintos, logo, um não decorre do outro e sim são conexos.

Assim, a realização de nova fiscalização para apuração dos fatos nos períodos subsequentes descaracteriza a relação de decorrência, mantendo, todavia, a **conexão** entre os Processos.

Diante da **conexão**, a Recorrida entende que os Processos devem ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o Processo principal ou conexo, nos termos do §2º do art. 6º do RICARF.

Neste caso, o conselheiro que primeiro recebeu os autos foi o conselheiro Marcos Aurélio Valadão, que é, portanto, prevento para julgar tanto o Processo nº 10480.723383/2010-76 como o Processo 19647.010151/2007-83.

Portanto, ambos os Processos devem ser redistribuídos ao Conselheiro Marcos Aurélio Valadão, prevento para relatoria dos casos, evitando-se, assim, eventual nulidade de julgamento.

1.1 Essa preliminar de nulidade foi submetida a julgamento (conforme se pode observar da parte dispositiva deste acórdão) e na própria sessão apresentei os fundamentos no sentido de que entre os processos acima referidos há relação de decorrência.

1.2. O fato é que o lançamento constante do presente processo, de nº 19647.010151/2007-83, ao tratar da glosa de despesa de amortização de ágio nos anos-calendário de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 e 2006, resultou em ajustes (redução) no estoque de prejuízos fiscais apurados nesses períodos.

1.3. E tais ajustes afetaram a compensação de prejuízos fiscais realizada nos períodos seguintes (2007 e 2008), que foram objeto do lançamento constante do processo nº 10480.723383/2010-76.

1.4. Não há dúvida de que, em relação a isso, o resultado do processo nº 10480.723383/2010-76 (processo decorrente) depende do que restar decidido no processo nº 19647.010151/2007-83 (processo principal), uma vez que a compensação de prejuízos nos anos subsequentes (2007/2008) depende do estoque de prejuízos que remanescer nos anos anteriores (2001/2006).

1.5. O exame da questão do sobrestamento e também das conseqüências decorrentes da redução dos prejuízos nos anos anteriores, que foi realizado durante o julgamento do processo nº 10480.723383/2010-76 nesta mesma sessão, não deixa nenhuma dúvida de que há uma relação de dependência entre os mencionados processos, de modo que foi correta a distribuição conjunta dos mesmos para o conselheiro que havia recebido o processo que deve ser considerado como principal.

### **CONHECIMENTO:**

2. Conforme visto no item 7 do relatório, a recorrida levantou três preliminares de não conhecimento do recurso, duas delas (a primeira e a terceira) associadas a despesa de amortização de ágio e uma delas (a segunda) associada à aplicação da multa isolada por

ausência de retenção do IR pela fonte pagadora. Analisarei a primeira e a terceira, relativas ao ágio, e depois a segunda relativa à mencionada multa isolada.

2.1. Em relação à primeira preliminar, qual seja, a ausência de similitude em relação aos paradigmas que tratam de despesas de amortização de ágio e seus reflexos tributários, não assiste razão à recorrida. A meu ver, pretende-se atribuir a questões de conhecimento o que na realidade são discussões de mérito, como se verá adiante.

2.1.1. No Acórdão nº 1302-000.834, de 14/03/2012, além de a ementa ser clara quanto a se estar tratando de **transferência de ágio** no âmbito dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, ou dos arts. 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999, este tema fica evidente a partir da leitura do voto condutor. Seguem trechos do referido voto que corroboram esta conclusão:

" Para tanto, serviu-se, em apertada síntese, dos seguintes argumentos:

a) na dedução do ágio, a fiscalizada não observou as condições impostas pela legislação (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997);

b) os documentos apresentados pela fiscalizada mencionam que o ágio teve por fundamento econômico o valor de rentabilidade da empresa LOMA NEGRA, com base em previsão de resultados de exercícios futuros, desprezando, com isso, o FUNDO DE COMÉRCIO da referida empresa;

c) o ágio foi efetivamente pago pela empresa CAMARGO CORREA S/A, e não pela fiscalizada, **inexistindo, na legislação, norma que autorize transferência da referida despesa** em momento posterior a aquisição da participação;

d) sendo as empresas GABY 1, GABY 2 e GABY 3 sociedades estrangeiras que não funcionaram no país, resta impossibilitada a amortização do ágio e, por conseqüência, a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ex vi do disposto no parágrafo 1º do art. 389 do RIR/99.

...

Com efeito, a discussão acerca do fundamento econômico ágio só se apresentaria relevante **se não estivesse em discussão, também, a própria titularidade do dispêndio (ágio)**. Penso que as razões descritas nas letras "a" e "c" acima se complementam, mas, conflitam com a referenciada pela letra "b", ou seja, se o ágio não é passível de amortização em virtude de a contribuinte não se enquadrar nas disposições da lei, **vez que não foi ela quem suportou a despesa com ágio**, perde relevância discutir o fundamento econômico desse mesmo ágio.

...

Com efeito, considerado o disposto no *caput* do art. 385 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99), abaixo transcrito, descabe falar em apropriação de ágio por parte da CAMARGO CORRÊA CIMENTOS, a fiscalizada, quando resta indiscutível que quem incorreu no suposto sobrepreço foi a pessoa jurídica CAMARGO CORREA S/A e que a transferência das participações, dela para a fiscalizada, se deu em razão de aumento de capital e quitação de dívida.

...

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

...

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de **transferência de ágio** por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida.

..."

2.1.2. Da citação acima, depreende-se que não só houve a discussão quanto à transferência de ágio, como a razão de decidir unânime da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento foi no sentido de ausência de previsão legal para transferência de ágio.

2.1.3. Já no Acórdão nº 103-23.290, de 05/12/2007, julgou-se a transferência de ágio por meio de empresa criada para esse fim; é o que se comprova dos seguintes trechos do voto condutor:

"No mérito, discute-se a regularidade da **"transferência"** do ágio contabilizado na RIVIEREPAR, controladora incorporada, para a recorrente, controlada incorporadora, numa operação comumente denominada "incorporação às avessas", além do tratamento desse ágio como custo na apuração do resultado da venda dos estabelecimentos da recorrente ao CARREFOUR.

...

A acusação fiscal não contemplou indicação de quaisquer irregularidades na constituição do ágio quando da aquisição de quotas do capital da recorrente pela BREPA. As infrações especificadas pela autoridade fiscal dizem respeito a:

a) **transferência do valor correspondente ao ágio pago** pela BREPA na aquisição de participação societária na recorrente para ela própria, mediante a utilização de empresa criada unicamente para esse fim (RIVIEREPAR);

...

Quanto à primeira infração, a integralização de capital da RIVIEREPAR pela BREPA com o investimento na RDC, seguida de incorporação da primeira por sua controlada, ora recorrente, logo no dia seguinte, ratificam a afirmação da autoridade fiscal de que "a empresa Rivierepar foi criada para **servir ao propósito de transferir o ágio e a reserva de ágio** para a RDC". Da descrição dos fatos e elementos de prova constantes dos autos bem se percebe a ausência de qualquer propósito comercial ou societário na incorporação realizada, restando caracterizada a **utilização da incorporada como mera "empresa veículo" para transferência do ágio para a incorporadora**, apenas com o fim almejado de redução do ganho tributável resultante da venda dos estabelecimentos ao CARREFOUR. ..."

2.1.4. Portanto, a partir dos itens realçados no voto condutor do segundo paradigma, bem como do que consta em sua ementa "*nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera 'empresa veículo' para **transferência** do ágio à incorporadora*", resta comprovada a hipótese de **transferência** do ágio por empresa que a realize, logo é irrefutável a configuração de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e o acórdão paradigma de nº 103-23.290, de 05/12/2007.

2.1.5. A só abordagem prévia desta preliminar de não-conhecimento já foi suficiente para esclarecer que não se trata de efetiva preliminar, mas de autêntico mérito; o que conduz inevitavelmente, por este só motivo, ao seu indeferimento.

2.2. Em relação à terceira preliminar, qual seja: a impossibilidade do reexame de prova na instância especial, também indefiro esta preliminar. Quando do exame do mérito ficará bastante evidente que não se fará aqui reexame de prova, mas sim a interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e das hipóteses de subsunção a estas normas.

2.3. Demonstrada a divergência de interpretação da legislação tributária entre o acórdão recorrido e os paradigmas, deve ser objeto de julgamento, em sede de recurso especial por esta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, o tema (ou a matéria) despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

2.4. Relativamente à segunda preliminar, que diz respeito à multa isolada por ausência de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora, a recorrida alega que:

- a recorrente utilizou o acórdão paradigma nº 2102-00.465 para justificar a divergência jurisprudencial e embasar o seu recurso especial;

- conforme relatado pela recorrente, o voto da relatora, que restou vencida no julgamento, é no sentido de que as alterações na Lei 9.430/96 mantiveram a exigência da multa isolada quando não houver retenção na fonte;

- no entanto, ao contrário do que alega a recorrente, o voto vencedor não abordou a questão sob a ótica da extinção da multa isolada, conforme decidido no acórdão recorrido;

- a partir da leitura dos votos vencedor e vencido, infere-se que a divergência instaurada se concentrou quanto à qualificação ou não da multa de ofício;

- em que pese o conselheiro Giovani Campo ter indicado no voto vencedor o ponto de discordância da relatora, qual seja, a desqualificação da multa de ofício, em nenhum momento transcreveu ou sequer anuiu o entendimento de que as alterações legislativas perpetradas na Lei n. 9.430/96 não teriam revogado a exigência da multa na sua forma isolada;

- o voto vencido, pela sua própria natureza, não representa o entendimento da maioria dos integrantes do colegiado e, portanto, não é hábil para externalizar o posicionamento da turma quanto à matéria;

- corroborando esse entendimento, o E. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 320, que estabeleceu que "a questão federal somente ventilada no voto vencido não

atende ao requisito do prequestionamento". Nada mais coerente, já que o voto vencido não representa o entendimento final sobre a matéria;

- tendo em vista que o voto vencedor não aborda a matéria discutida nos presentes autos, resta demonstrado que o acórdão em referência está eivado de vício, não podendo, portanto, ser usado como paradigma;

- considerando que a recorrente/Fazenda Nacional valeu-se do voto vencido para promover o cotejo analítico entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido, resta claro que a recorrente não cumpriu o requisito processual/regimental, sendo imperioso o não conhecimento do recurso especial também em relação a essa matéria.

2.4.1. O exame da preliminar em relação à admissibilidade do recurso especial no que toca à multa isolada por falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora traz à tona um problema anterior, que deve ser examinado por este colegiado.

2.4.2. É que a competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, relativamente ao IRRF, estava limitada (na época do julgamento do recorrido) aos casos em que esse tributo era conexo/decorrente/reflexo do IRPJ, referente às exigências lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, ou era antecipação do IRPJ, conforme definido no art. 2º do Anexo II da Portaria MF nº 259/2009, que aprovou o anterior Regimento Interno do CARF (atualmente essa competência permanece a mesma - salvo leves diferenças de redação, que essencialmente não alteram o conteúdo, conforme o mesmo dispositivo do vigente Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015):

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

[...]

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; (Redação dada pelo(a) Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

2.4.3. O problema é que a exigência da multa pela falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora não guarda nenhuma relação com o lançamento de IRPJ contido nos presentes autos, nem utiliza os mesmos fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, e nem tampouco trata de antecipação do IRPJ.

2.4.4. Com efeito, o lançamento do IRPJ está relacionado com a glosa das despesas de amortização de ágio, que em nada repercute sobre a multa isolada em questão, referente ao IRRF sobre pagamento de Juros sobre Capital Próprio (JCP), que deixou de ser retido e recolhido pela fonte pagadora (recorrida).

2.4.5. A competência para examinar essa matéria é da 2ª Seção de Julgamento do CARF, como definido na mesma portaria citada anteriormente:

Art. 3º À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

[...]

II - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF);

2.4.6. O julgamento da "multa isolada" pelo não recolhimento do IRRF pela fonte pagadora envolve questões específicas da legislação e da sistemática desse tributo, porque implica no exame de obrigações tributárias de sujeitos passivos distintos: a fonte pagadora (na condição de substituto tributário) e o beneficiário do pagamento (na condição de contribuinte).

2.4.7. Vale registrar que a 2ª Seção de Julgamento do CARF tem enfrentado essa questão com a especificidade que ela merece.

2.4.8. Nesse sentido, cabe também informar que houve outra autuação fiscal contra a mesma empresa (ora recorrida), envolvendo fatos semelhantes e os mesmos tributos, só que para os anos-calendário de 2007 e 2008.

2.4.9. Entretanto, nesse outro caso, a multa isolada pela falta de retenção e recolhimento do IRRF (também referente a pagamentos de JCP) foi formalizada em autos distintos daqueles que controlavam o lançamento de IRPJ/CSLL sobre glosa de despesa de amortização de ágio.

2.4.10. Para os anos-calendário de 2007 e 2008, o lançamento de IRPJ/CSLL consta do processo nº 10480.723383/2010-76 (que também está pautado no dia de hoje para este mesmo colegiado), enquanto que a multa isolada referente ao IRRF foi formalizada no processo nº 10480.723385/2010-65, já julgado por colegiado da 2ª Seção do CARF e também pela 2ª Turma da CSRF, conforme as seguintes ementas:

Processo nº 10480.723385/2010-65  
Recurso nº 919.314 Voluntário  
**Acórdão nº 2202-01.842** – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
Sessão de 19 de junho de 2012  
Matéria IRF  
Recorrente COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO  
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Anocalendário:2007,2008

Ementa: FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IRRF MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE LEI Nº 11.488, DE 2007 - RETROATIVIDADE BENIGNA.

Aplica-se ao ato ou fato pretérito, não definitivamente julgado, a legislação que deixe de defini-lo como infração ou que lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Recurso Provido.

Processo nº 10480.723385/2010-65  
Recurso nº Especial do Procurador  
**Acórdão nº 9202-003.580** – 2ª Turma  
Sessão de 03 de março de 2015  
Matéria IRRF Multa pela Falta de Retenção e Recolhimento  
Recorrente FAZENDA NACIONAL  
Recorrida COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano calendário: 2007, 2008

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Após o encerramento do período de apuração, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ainda que os rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE.

O oferecimento dos rendimentos à tributação pelo beneficiário, combinado com o recolhimento de multa de mora pela fonte pagadora, não caracteriza denúncia espontânea, relativamente à obrigação desta última, de reter e recolher o imposto.

Recurso especial provido.

2.4.11. É importante registrar que o voto que orientou a decisão da 2ª Turma da CSRF sobre a multa isolada pela falta de retenção e recolhimento de IRRF pela fonte pagadora, ao tratar da vigência dessa multa no ordenamento jurídico, consigna que o entendimento lá manifestado encontra respaldo na jurisprudência do CARF (representada pelos Acórdãos nºs 2201-002.676 e 2102-00.465), o que também confirma a competência da 2ª Seção de Julgamento para tratar da matéria.

2.4.12. Assim, o acórdão recorrido, exarado pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, padece de vício de nulidade por não observar as regras de divisão de competência estabelecidas no Regimento Interno do CARF.

2.4.13. Fica prejudicado o exame das questões referentes à admissibilidade do recurso especial, eis que esta 1ª Turma da CSRF não detém competência regimental para examinar o mérito da matéria em pauta.

2.4.13. Quanto à multa em questão, portanto, DECLARO a NULIDADE do acórdão recorrido, determinando que os autos sejam apartados, para que a multa isolada por falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora seja julgada por colegiado da 2ª Seção do CARF.

2.5. Examinadas as preliminares de não-conhecimento, e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, passo a conhecer do recurso especial no que toca à despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

### **MÉRITO:**

Da despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários: a) falta de adição, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de despesa de amortização de ágio - redução do prejuízo fiscal; e b) falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa - consequência tributária em razão da glosa de despesa do ágio - multa isolada

3. Por ser a questão mais importante desse processo e por já tê-la iniciado ao afastar a preliminar de não-conhecimento, passo a tratar da discussão a respeito da despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários.

4. Nessa questão, adoto a recente jurisprudência do CARF que considero mais adequada e que restou cinzelada no Acórdão nº 1103-001.170, de 04/02/2015, da relatoria do nobre Conselheiro André Mendes de Moura. Seguem trechos do voto condutor:

" Para se tratar em ágio, há que se, inicialmente, falar do investimento em sociedades coligadas e controladas avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), conforme previsto no art. 384 do RIR/99. A principal característica do método é de se permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

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).

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.

Dentre os três critérios, assume relevância, **para o caso concreto**, aquele que consiste no 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.

As variações no patrimônio líquido da 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 controladora.

*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).*

(...)

É por isso 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.

Contudo, tal cenário está sujeito a mudanças.

O investimento adquirido com ágio pode ser alienado, liquidado, ou mesmo ser objeto de uma transformação societária.

Passam a ser tratadas as situações específicas, como se pode verificar nos 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)*

Verifica-se que o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa for objeto de alienação ou liquidação, oportunidade em que o ágio irá compor a apuração do custo de aquisição a ser considerado no ganho de capital auferido pelo alienante.

Por sua vez, 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 no art. 386 do RIR/99:

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

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

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

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

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

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

A norma em debate tem repercussão direta na base de cálculo do tributo, o que permite a sua análise sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina (Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária).

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

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

E a norma em debate se dirige à **investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, sendo ela, e apenas ela** a destinatária da prerrogativa de amortização do sobrepreço. A partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas **distintas** da investidora, a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

A respeito do 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**.

Sobre o aspecto **material**, há que se observar que **apenas o ágio com fundamento econômico no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros** é que tem a amortização autorizada em sessenta parcelas.

Ainda, 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...*), ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente.

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."

5. Naquela assentada, tratava-se de caso em que a incorporação se deu conforme o *caput* do art. 386 do RIR/99. Já no caso dos autos, trata-se de incorporação nos moldes do §6º do art. 386 do RIR/99 (que é comumente conhecida como incorporação "às avessas"). Embora isso não vá impactar nas premissas de exegese da norma, faz-se necessário tecer comentários adicionais quantos aos aspectos pessoal e material, de forma a adequá-los a esse modelo de incorporação.

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

**II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.**

5.1. O §6º do art. 386 do RIR/99, na realidade o art. 8º da Lei nº 9.532/97 (do qual este é mera cópia), se utilizou de uma técnica legislativa que faz uso da propriedade transitiva, assim o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/99 vale para o §6º do mesmo artigo, fazendo-se apenas a adaptação para contemplar a situação prevista.

5.2. Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige à investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

5.3. Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora **original** (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao **caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo** torna-se impossível, vez que o fato imponível (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

5.4. Da mesma forma que no aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

5.5. Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. Por bem adequadas, transcrevo palavras da recorrente:

"Dentre os aspectos que impedem o ágio registrado ... de ser dedutível, cita-se aquele que fora ressaltado pelo Termo de Verificação Fiscal, qual seja: **ausência do encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem.**

Por certo, tal como fora ressaltado nas premissas teóricas apresentadas neste recurso, a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre de o encontro num mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio com esse mesmo ágio. Em face dessa "**confusão patrimonial**", a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que teve com a "mais valia".

Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, **é imprescindível que a "mais valia" contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.**

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica **que efetivamente suportou o ágio** pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. **O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária.** Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva um ágio que não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da operação societária não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. **O ágio pode até existir contabilmente, mas não será dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.**

...

Na situação estudada, nenhuma das duas empresas participantes da operação societária arcou de fato com o ágio pago na aquisição das referidas quotas. Não houve "confusão patrimonial" da "mais valia" com o investimento que lhe deu causa."

6. Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

6.1. A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Leicester Comercial S.A) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (CELPE), mas que não era a investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

6.2. A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora *strico sensu*), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados.

7. Portanto, relativamente a despesa de amortização de ágio, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

#### **Da multa isolada por falta de estimativas**

8. Tendo sido restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa isolada por falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, fazendo-se necessário o retorno à Turma *a quo* para o julgamento dos pontos específicos suscitados em relação a esta matéria, que não foram apreciados por ocasião do julgamento do recurso voluntário da contribuinte em razão do posicionamento adotado anteriormente naquela instância.

8.1 Entender diferentemente, ou seja, a Câmara Superior julgar essa questão, implicaria em supressão de instância e em extrapolação dos limites do Recurso Especial de Divergência, pois estar-se-ia julgando matérias para as quais não houve oportunidade de configuração de divergência.

8.2. Até que se poderia defender eventual aplicação do princípio da celeridade processual, mas essa alternativa, a meu ver, colocaria a Câmara Superior em situação de julgar uma matéria para a qual não há paradigma (o que, assim, pretende a CSRF uniformizar?), e, portanto, nem a recorrente desenvolveu o tema a contento nem tampouco à recorrida foi dada a possibilidade de levantar eventual não conhecimento.

8.3. Ademais, ainda que exista súmula tratando dessa matéria, não é produtivo a Câmara Superior gastar seu tempo analisando situações de enquadramento em súmulas, quando não está em jogo a uniformidade da jurisprudência, ainda mais quando tal desiderato pode ser feito a contento pela Turma *a quo*.

#### **Da falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa de amortização de ágio – redução do prejuízo fiscal.**

9. Conforme alega a recorrente, o acórdão recorrido, quanto a essa matéria, subordinou inteiramente seu destino à sorte da (in)correção da dedutibilidade da despesa do ágio, não indicando qualquer argumento autônomo para seu provimento.

9.1. Assim, a decisão sobre a indedutibilidade do ágio simplesmente repercute em ajustes nos prejuízos fiscais e nas bases negativas de CSLL, bem como nas compensações realizadas com estas rubricas. Logo, por decorrência, os lançamentos devem ser restabelecidos.

9.2. Portanto, também nessa parte, voto por DAR provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

### Da decadência

10. Seja o resultado do Acórdão nº 1201-00.689, de 8/5/2012:

"Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em NEGAR provimento ao recurso de ofício e em DAR provimento ao recurso voluntário. Os conselheiros Marcelo Cuba Netto, Claudemir Rodrigues Malaquias e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz não acompanharam o Relator quanto à preliminar de decadência."

10.1. O julgamento deste processo deu-se pela Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, integrada por 6 (seis) Conselheiros e presidida à época pelo Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.

10.2. Não obstante o Anexo II do RICARF determinar, no *caput* do seu art. 59, que "*as questões preliminares serão votadas antes do mérito, deste não se conhecendo quando incompatível com a decisão daquelas*", não há disposição relativa a decadência na ementa do acórdão recorrido, talvez em razão do mérito ter recebido provimento para cancelar as exigências fiscais, como dispôs o relator. Mas é possível extrair do voto condutor do Acórdão o entendimento do relator pelo acolhimento da preliminar:

**"Quanto à matéria preliminar da decadência de 2001, entendo que assiste razão à Recorrente, não se sustentando a decisão da DRJ.**

...

A despeito do entendimento acima quanto à decadência, cumpre destacar que a matéria é superada em razão do mérito, conforme será demonstrado a seguir."

10.3. Da parte final do resultado do julgamento (já transcrito), percebe-se que, quanto à preliminar de decadência, três Conselheiros, inclusive o Presidente da Turma à época, não acompanharam o Relator (que, como visto no item anterior, acolheu a preliminar). A meu sentir, por esta redação do resultado, não houve o acolhimento da preliminar de decadência; na realidade, a preliminar foi afastada pelo voto de qualidade. O resultado correto do julgamento deveria ser:

"Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em REJEITAR a preliminar de decadência, vencidos o relator e os Conselheiros Cristiane Silva Costa e Régis Magalhães Soares de Queiroz; e, quanto ao mérito, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício e em DAR provimento ao recurso voluntário."

10.4. Uma outra interpretação possível seria que os Conselheiros que não acompanharam o relator quanto a preliminar de decadência, na realidade o acompanharam pelas conclusões, ou seja, acolheram a preliminar por outros fundamentos que não os fundamentos do relator.

10.4.1. Rejeito essa interpretação, muito em razão da literalidade do texto, pois a mudança de sentido entre "**não acompanhar**" e "**acompanhar pelas conclusões**" é muito forte e chamativa e, ademais, já é praxe muito comum nesta Casa a adoção da expressão "acompanhar pelas conclusões", o que diminui a probabilidade de ter sido equivocadamente anotada.

10.4.2. Um dado que não posso ignorar é que, em eu no passado tendo estado presente na Turma da decisão recorrida, e, em outros julgamentos, o relator ter proposto a mesma tese quanto a decadência aqui aplicada, pude constatar a posição contrária de um dos Conselheiros elencados entre os que não acompanharam o relator, qual seja, o Conselheiro Marcelo Cuba Netto. Não obstante, isso é um dado extraprocessual (de fora dos autos) e apenas uma inferência, pois o apontado Conselheiro pode, no passado, ter aderido a tese do relator, mas não tenha como não ser influenciado por ele.

10.5. Entendo que, seja pela interpretação de que a preliminar de decadência foi afastada (que é a minha), seja pela interpretação de que a preliminar foi acolhida pelas conclusões, a decisão quanto a preliminar de decadência não está fundamentada.

10.5.1. A meu ver, como já me manifestei no voto relativo ao processo nº 16327.002142/2005-81, a ausência de fundamentação é hipótese de nulidade com substrato no inciso IX do art. 93 da Constituição da República de 1988 e nos arts. 131, 165 e 458 II do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), reforçada, neste caso, pela inobservância do §1º do art. 63 do Anexo II do RICARF combinado com o art. 80 do mesmo diploma.

10.5.2. Assim, também DECLARO a NULIDADE do acórdão recorrido quanto à questão da decadência, por ausência de fundamentação, forte na Constituição Federal, art. 93, IX.

11. Por todo o exposto, voto no sentido de:

- AFASTAR a preliminar de nulidade trazida em sessão relativa à ausência de decorrência entre os processos nº 19647.01051/2007-83 e nº 10480.723383/2010-76.

- DECLARAR a NULIDADE PARCIAL do Acórdão nº 1201-00.689, de 8/5/2012, na parte que trata: (1) da multa isolada por falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora e; (2) da decadência;

- CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional quanto à despesa de amortização de ágio e seus reflexos tributários;

- DAR PROVIMENTO para fins de restabelecer a autuação fiscal pela glosa da despesa de amortização de ágio, pela glosa de prejuízos compensados indevidamente no IRPJ e pela compensação indevida da base de cálculo negativa da CSLL;

Processo nº 19647.010151/2007-83  
Acórdão n.º **9101-002.186**

**CSRF-T1**  
Fl. 2.604

---

- DETERMINAR o RETORNO dos autos à Turma *a quo* para prolação de nova decisão apenas quanto: à decadência; e à multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais; e

- DETERMINAR a APARTAÇÃO dos autos, para que a multa isolada por falta de retenção e recolhimento do IR pela fonte pagadora seja julgada por colegiado da 2ª Seção do CARF.

12. É como voto.

*(documento assinado digitalmente)*

Rafael Vidal de Araujo

## Declaração de Voto

### Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na reunião de janeiro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN” ou “recorrente”), em que é recorrida a COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO (doravante “CELPE”, “recorrida”, “investida” ou “adquirida”), no processo n. 19647.010151/2007-83. Em tal recurso, a PFN requer a reforma do acórdão n. 1201-00.689 (doravante “acórdão a quo” ou “acórdão recorrido”), proferido pela r. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “Turma a quo”), entre outras coisas, no que concerne à legitimidade da amortização fiscal de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Trata-se da exigência de créditos tributários, referentes ao IRPJ e à CSL do período de 2001 e 2006, com fundamento na glosa da amortização das despesas de ágio.

O acórdão recorrido restou assim ementado, com destaque, em negrito, à parte que é objeto de recurso especial e da presente declaração de voto:

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006.

NULIDADES. INEXISTÊNCIA. Não se constata nos autos mudança de entendimento na decisão da DRJ, adotando os mesmos fundamentos do lançamento fiscal. Não há omissão quanto à análise da concomitância da multa isolada e da multa de ofício, conforme demonstrado nos autos.

**AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. A aquisição de participação societária de uma determinada empresa, com ágio, por outra que venha a ser incorporada, permite a dedução do ágio pago, no cálculo do lucro real, pela incorporadora, haja vista que se extinguiu o investimento anteriormente realizado com a incorporação às avessas, a teor do inciso II do § 6º do artigo 386 do RIR/99. A existência de documento (demonstrativo ou laudo) que contempla por metodologia o valor dos ativos em razão de rentabilidade futura permite que a contribuinte realize o aproveitamento do ágio apurado. Inexistência de ágio interno, visto que o valor do ágio apurado na aquisição da Celpe foi transmitido às demais empresas pelo mesmo valor, conforme laudos juntados nos autos. Empresa veículo utilizada sob fundamento econômico devidamente justificado nos autos.**

**DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - REDUÇÃO DO PREJUÍZO FISCAL Considerando que a dedutibilidade da despesa do ágio foi correta, o saldo de prejuízo fiscal em 2006 se mantém conforme declarado pelo**

**Recorrente.**

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. Uma vez efetuada a opção pela forma de tributação com base no lucro real anual, a pessoa jurídica fica sujeita a antecipações mensais do imposto, calculadas com base em estimativa. Sendo o ágio deduzido da base de cálculo reconhecido, não há que se falar em multa de ofício isolada prevista no art. 44, II, da Lei 9.430/96.

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL. O entendimento adotado para o lançamento matriz estender-se-á ao lançamento reflexo, dada a íntima relação de causa e feito entre ambos.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. MULTA APLICADA PELA FALTA DE RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA. A Lei nº 11.488/2007, alterou também a redação do artigo 9º da Lei 10.426/02, revogando a aplicação de multa de ofício isolada, limitando a aplicação da multa de ofício apenas nos casos de não recolhimento do tributo. Quando da lavratura do Auto de Infração a Lei nº 11.488/2007 já havia revogado parcialmente parte do dispositivo do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, de tal forma que aquela penalidade não poderia ser mais aplicada em razão da falta de recolhimento da multa de mora. Ainda mais quando a multa de mora já havia sido recolhida pelo contribuinte. Recurso voluntário conhecido e provido.

DA RECEITA DE RECOMPOSIÇÃO TARIFÁRIA (RTE). RECURSO DE OFÍCIO. A diligência respondida pela DRF confirmou a falta de compensação dos créditos de IRPJ e CSLL declarados pela empresa em sua DIPJ quando da apuração do lançamento relativo ao período de janeiro a julho de 2001. A imputação fiscal foi reformada em decisão da DRJ, reconhecendo que a empresa registrou em sua contabilidade a receita para recomposição tarifária, permitindo, com isso, a exclusão do lucro líquido na apuração do lucro real. Recurso conhecido e não provido.”

*(Grifos acrescidos)*

**Por unanimidade de votos**, a Turma *a quo* compreendeu que a amortização fiscal do ágio realizada pela CELPE teria sido legítima, de forma a afastar a glosa de tais despesas pretendida na autuação fiscal.

A partir dos fatos e provas levados à sua análise, a Turma *a quo*, ao exercer a sua competência de findar com a constatação fática necessária à aplicação das normas jurídicas, assentou que:

**- Em 17/02/2000, houve aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, realizada entre partes independentes, com efeito fluxo financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição:** em um processo licitatório de desestatização, a CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A., doravante “**Novo Grupo de**

**Controle**”), com pagamento efetivo de sobrepreço (ágio) incorrido com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida (CELPE).

- Adotando-se o Método de Equivalência Patrimonial (MEP), o custo de aquisição do investimento foi desdobrado no valor patrimonial da CELPE e no ágio suportado, justificado pela expectativa de futuros lucros trazidos por esta. Conforme fl. 2127 do e-processo, no exercício de sua competência para definir o substrato fático do presente caso, restou assentada pela Turma *a quo* o quanto segue:

**“- As empresas ADL, PREVI e BB adquiriram o valor das cotas da Celpe com ágio, sob o fundamento de perspectiva de rentabilidade futura, fato esse inquestionável na operação tanto pelo fisco quanto pela DRJ, tanto é que o Estado de Pernambuco recebeu o valor de quase R\$ 1,8 bilhão com a privatização da empresa estatal;**

- Dessa forma, o fundamento econômico do ágio é o disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei n. 9.532/97, visto que previsto em laudo apresentado junto com o edital de compra da empresa pública;

- As empresas adquirentes formaram conjuntamente com a 521 o Novo Grupo de controle da Celpe, portando a Celpe passou a ser controlada por esse novo grupo de empresas investidoras;

- Até aqui não há discussão de que o ágio existiu, foi pago e poderia ser utilizado como despesa pelas controladoras ou pela controlada se houvesse a incorporação das controladoras pela Celpe (incorporação às avessas);”

(grifos acrescidos)

- Em 27/12/2000, foi realizada reestruturação societária pelas entidades componentes do “Novo Grupo de Controle” da CELPE, de forma que:

- foi realizado aumento de capital na empresa GUARANIANA S.A. (doravante “GUARANIANA”), com a integração do investimento detido na CELPE (94,94% do seu capital votante e 84,38% do capital total), pelo mesmo valor de sua aquisição;

- a GUARANIANA realizou aumento de capital na empresa LEICESTER COMERCIAL S.A. (doravante “LEICESTER” ou “investidora”), pelo mesmo valor de sua aquisição, mediante a integralização do investimento que detinha na CELPE (fls. 2125 e seg. do e-processo);

- Em 09/07/2001, a LEICESTER foi incorporada pela CELPE. Desde a referida absorção patrimonial, passou a ser realizada a amortização fiscal do aludido ágio apurado contra os lucros da CELPE, cuja expectativa de lucratividade deu causa ao ágio pago quando de sua aquisição, com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 (fls. 2097 do e-processo);

- Não houve dolo, fraude, simulação ou “abuso de direito” nas operações praticadas pelo contribuinte. A multa aplicada pela fiscalização foi, inclusive, de 75%. (fls. 2125 e seg. do e-processo).

No julgamento do recurso especial interposto pela PFN, a CSRF, por maioria de votos, decidiu reformar o acórdão recorrido, de forma a manter a cobrança de IRPJ, CSL, multa de 75% e juros de mora lançados no AIIM. Com isso, foi mantido o ato da administração fiscal de glosa da amortização das despesas de ágio, não obstante tenha sido reconhecido o ágio apurado pelo “Novo Grupo de Controle” na aquisição da CELPE.

Nesta **declaração de voto**, permissa vênua, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional no que pertine à questão da **amortização fiscal das despesas de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**, por compreender que a cobrança tributária em questão ofende as normas que tutelam a matéria, em especial aquelas que decorrem do art. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97. Tais fundamentos serão organizados do seguinte modo:

1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).
2. A evolução da legislação e do tratamento jurídico-tributário do “ágio”.
3. A norma de dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.
4. Evidenciação analítica dos elementos componentes da norma dedutibilidade fiscal das despesas de amortização de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura
5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.
6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.

## **1. O conceito de “ágio” por expectativa de rentabilidade futura e o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”).**

A palavra “ágio” conduz à ideia de um *sobrepreço* que se paga por algo, um valor superior àquele seria o parâmetro esperado.<sup>1</sup>

Um exemplo simplificado é útil para situar essa ideia geral. Na década de 90, em plena transformação da indústria automobilística brasileira, era comum que as concessionárias levassem meses para receber os automóveis adquiridos por seus clientes. O cliente comum, ansioso para receber o automóvel em que empenhava as suas economias, era submetido a uma

longa e angustiante espera mesmo após já ter concretizado a compra. As concessionárias, então, vislumbraram nisso uma oportunidade: adquiriam antecipadamente alguns automóveis novos, assumindo o risco (baixo, devido à elevada procura) de não os vender. Assim, aos clientes eram apresentadas duas possibilidades: (i) a aquisição do veículo pelo preço de tabela, com a espera de alguns meses até a entrega pela fábrica ou; (ii) a aquisição do veículo em estoque (entrega imediata), com o acréscimo um determinado valor sobre o preço da tabela, a título de “ágio”.

Note-se que, ao optar pelo veículo em estoque e o pagamento do “ágio” referido, o adquirente realizaria o pagamento de um *sobrepço* com o objetivo de desfrutar da posse do veículo antecipadamente, ao que estaria destituído dessa fruição imediata caso optasse por desembolsar apenas o preço de tabela do bem. Já o vendedor, por sua vez, seria recompensado pelo risco assumido e pelo adiantamento à fábrica do custo do automóvel. O “ágio”, nesse simplório exemplo outrora corriqueiro no mercado automobilístico brasileiro do varejo, ilustra bem quão normal é o pagamento de *sobrepços*, bem como que este pode ser justificado por motivos distintos sob as perspectivas dos dois polos do negócio jurídico (adquirente e alienante).

O ágio analisado no presente processo administrativo se refere à **aquisição de participação acionária relevante em empresas (investidas) por outras empresas (investidoras)**. Nesse caso, como se verá no tópico “2” a seguir, o legislador reconheceu como justificativa negocial para o pagamento de ágio (ou deságio) a expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, o valor de mercado de bens do ativo empresa investida superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No presente recurso especial, está em análise um caso concreto no qual uma pessoa jurídica adquiriu participação societária relevante em outra pessoa jurídica (investimento), com o pagamento de um *sobrepço* (ágio) justificado pela *expectativa de rentabilidade futura* da empresa adquirida.

## 1.2. A identificação do ágio pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”)

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento avaliando-o conforme o *método da equivalência patrimonial* (doravante “MEP”). Por sua vez, “ágios” e “deságios” são itens evidenciados nas demonstrações contábeis pelo MEP: a companhia deve evidenciar que parte do investimento mantido em sua controlada ou coligada não se justifica pelo valor patrimonial desta, mas sim por uma ágio despendido quando de sua aquisição, considerando o fundamento pelo pagamento deste<sup>2</sup>.

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

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

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

#### **Decreto-lei n. 1.598/77**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Avaliação do Investimento no Balanço**

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

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive

quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

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

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

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

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

Note-se que, *para fins meramente contábeis e sem consequências tributárias*, na empresa investidora, o ágio (ou deságio) lançado no ativo permanente, na conta de investimento, como ativo diferido, devendo ser amortizado mediante débito ou crédito ao seu lucro líquido. Na empresa investida, por sua vez, o ágio componente do preço de emissão de ações, lançado como reserva de capital, não está sujeito à amortização e não afeta de modo algum o resultado.<sup>3</sup>

Ainda sob a perspectiva contábil, vale observar que, contabilmente, o desdobramento do referido ágio também pode ser observado sob a *perspectiva da pessoa jurídica investida*, embora tais registros contábeis não apresentem qualquer importância para a questão em análise. Supondo-se que uma pessoa jurídica (investidora) realize aumento de capital com sobrepreço em uma outra empresa (investida), referido ágio seria escriturado em conta do ativo, de *investimento*. Já as demonstrações financeiras da investida, em tese, deveriam evidenciar o ágio em questão em conta de *reserva de capital*<sup>4</sup>.

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

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

<sup>3</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 461.

<sup>4</sup> Pode-se supor, ainda, a hipótese em que uma pessoa jurídica investidora adquira os investimentos em uma outra pessoa jurídica, adquirindo as suas ações diretamente das mãos de seus antigos detentores. Caso seja pago ágio nessa operação, tais valores sequer viriam a ser escriturados pela empresa investida.

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

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

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

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

Os lançamentos tributários atinentes ao caso concreto se reportam ao período compreendido entre **2001 e 2006**. A posição cronológica dos fatos em tela é relevante para que possamos identificar os regramentos jurídicos aplicáveis, diante alterações legislativas sobre a matéria.

No período que antecedeu a Lei 12.973/2014, vigorou no sistema jurídico brasileiro dois regimes distintos relacionados ao ágio, dedicados a funções bastante distintas: um *regime contábil* e outro *regime tributário*.<sup>5</sup> Embora possuíssem pontos em comum, eram evidentes os seus distanciamentos.

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

Já sob a ótica do Direito contábil, é possível identificar apenas dois períodos, um anterior e outro posterior à Lei 11.638/2007. Note-se que essa lei introduziu alterações marcantes à matéria contábil, com a convergência das normas brasileiras aos padrões internacionais, mas não afetou em nada a apuração do *ágio* para fins fiscais.<sup>6</sup>

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

<sup>5</sup> Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 355.

<sup>6</sup> Nesse sentido, vide: DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 328.

## 2.1. A legislação do período pré-1997.

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

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

### **Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2.2. A legislação que perdurou entre 1997 e 2014: aplicável ao caso dos autos, cujo período de apuração é 2001-2006.**

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

A possibilidade de amortização das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, da forma prescrita pela Lei n. 9.532/97, depende do cumprimento de uma *fórmula operacional básica*, que pressupõe o fenômeno societário da *absorção patrimonial*, com a reunião (por *incorporação, fusão ou cisão*) do patrimônio da pessoa jurídica investidora com a pessoa jurídica investida, a fim de que o aludido ágio registrado naquela seja emparelhado com os lucros gerados por esta. Concretizada a *absorção patrimonial* exigida pelo legislador, o ágio apurado em aquisição precedente pode ser amortizado, com a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSL, no mínimo em 60 meses, nos balanços levantados após a ocorrência de um desses eventos, ainda que a incorporada ou cindida seja a investidora (incorporação reversa).

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

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

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

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

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

**no máximo, para cada mês do período de apuração<sup>7</sup>;**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998.

<sup>8</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 714.

*riqueza, de empregos e, como consequência, de incrementar a própria arrecadação tributária”.*

Ainda que tais efeitos indutores possam ser observados em alguns casos, parece mais correto compreender que os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 enunciam *mera norma de dedutibilidade para apuração do IRPJ e da CSL*, que inclusive limita quantitativamente a amortização do ágio em questão à fração 1/60 ao mês (ao contrário de “ampliar”, ao que seria um benefício), antes consumada em um único ato<sup>9</sup>.

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

Ainda que não seja determinante para a interpretação da norma em apreço, a exposição de motivos da Lei n. 9.532/97 é ilustrativa, *in verbis*<sup>10</sup>:

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

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

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

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

<sup>9</sup> No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, *in* Revista Dialética de Direito Tributário n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seg.

<sup>10</sup> Note-se apenas que o projeto de lei faz referência ao dispositivo numerado como “8º”, mas, na redação aprovada, foi veiculado pelo art. 7º e 8º.

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

Em relação ao processo de desestatização – que é o caso dos autos –, o legislador achou por bem reafirmar a legitimidade de reestruturações societárias realizadas após a aquisição das empresas privatizadas, como se observa da Lei n. 9.491/97:

“Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

**§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.”**

(grifos acrescidos)

No entanto, o presente julgamento, ocorrido aproximadamente 20 anos após a enunciação da Lei n. 9.532/97 e da 9.491/97, demonstra que a sua aplicação tem gerado uma série de outras incertezas. E, permissa vênua, a interpretação adotada pela fiscalização na lavratura do auto de infração em tela demonstra que uma enorme *insegurança jurídica* – justamente o contrário do pretendido com a Lei n. 9.532/97 – está sendo imposta à contribuinte, ora Recorrente, o que não deve prosperar.

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

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

Note-se que, em 2014, o legislador mais uma vez manifestou a sua decisão sobre a apuração e o aproveitamento do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura. O legislador teve a oportunidade para aprimorar o sistema jurídico de forma a reduzir o contencioso com nova regulamentação quanto às exigências para a amortização do ágio. Tal decisão legislativa restou bastante aclarada em relação a discussões como a *demonstração do valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura* (agora a lei exige a elaboração de um laudo específico e em determinado prazo, o que não existia anteriormente)<sup>11</sup> e a *validade do “ágio interno”* (agora a lei veda a apuração de ágio na aquisição de investimento relevante realizada entre partes dependentes, o que não existia anteriormente)<sup>12</sup>.

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

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

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

<sup>11</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, o art. 20 do Decreto-lei 1.598/76 passou a contar com o seguinte dispositivo: “§ 3º O valor de que trata o inciso II do **caput** deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação”.

<sup>12</sup> Vide Lei n. 12.973/2014 prevê, art. 22: “Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária **entre partes não dependentes**, apurado segundo o disposto no inciso III do **caput** do art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração.”.

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

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

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

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

A jurisprudência do CARF, por sua vez, passou a consagrar fatores que corroborariam para que a estrutura jurídica adotada pelo contribuinte seja considerada “real”. Tais elementos não são requisitos essenciais, por não terem sido erigidos de tal forma pelo legislador, mas tem corroborado para a formação do convencimento em algumas decisões proferidas no âmbito do CARF, como uma espécie de *safe harbour*. Em homenagem a essa jurisprudência administrativa e à função de uniformização da CSRF, os aludidos fatores serão analisados no subtópico “4.2”.

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

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

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

- Aquisição de investimento relevante com contraprestação de ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura;

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

#### **4.1.1. Aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.**

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

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

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

A Lei nº 9.532/97, em seu art. 7º, apenas faz referência à “participação societária adquirida com ágio ou deságio”, sem especificar a forma como deve ser implementada tal aquisição. A maneira mais óbvia de aquisição seria o pagamento em moeda, embora seja muito comum que aquisições desse tipo ocorram, por exemplo, por meio de integralização de ações. O legislador não restringiu qualquer dessas possibilidades.

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

Do legado do Conselheiro MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>13</sup>, observa-se que “esse preço, repita-se, pode dar-se em ‘moeda’ diversa a dinheiro, como ações emitidas pela companhia incorporadora de ações, como já descrito, no caso de incorporação de ações”.

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

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

No caso, a norma que se obtém da análise do art. 7º c/c o art. 8º da Lei 9.532/97 torna obrigatória a avaliação do investimento pelo MEP a toda pessoa jurídica que realizar aquisição, por qualquer forma jurídica, na qual exista contraprestação com ágio. O contribuinte que realizar a referida aquisição de investimento deverá, por ocasião desse evento, desdobrar o custo de aquisição em:

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

Há determinação peremptória para que o contribuinte realize tal segregação, de tal forma que não lhe é dado seguir por outro caminho caso pretenda amortizar as fiscalmente tais despesas.<sup>14</sup> A decomposição do investimento nesses dois elementos é mandatória, apenas sendo facultativa a amortização do ágio para fins fiscais (IRPJ e CSL) na proporção máxima de 1/60. Tratando-se de deságio, por sua vez, as suas consequências fiscais são naturalmente cogentes.<sup>15</sup>

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

<sup>13</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 211-212.

<sup>14</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

<sup>15</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 457-8.

Analicamente, enquanto os dois fatores anteriores (“4.1.1”, “4.1.2” e “4.1.3”) e o fator seguinte (“4.1.5”) compõem a *hipótese de incidência* da norma de amortização do ágio, o presente elemento compõe o seu consequente normativo. No entanto, para que se compreenda a razão da adoção pelo legislador da *fórmula operacional básica* analisada a seguir (“4.1.5”), é essencial compreender como o pareamento dos lucros efetivamente gerados pela empresa adquirida com o ágio incorrido pela sua aquisição interfere na efetiva dedutibilidade do ágio (consequente normativo).

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

O legislador se baseou no “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”, que é decorrência *princípio da competência*, aplicável como regra geral para a apuração do IRPJ e da CSL<sup>16</sup>. Mais do que ter se baseado, é possível afirmar que o legislador tributário, ao tutelar a amortização fiscal do ágio, se manteve coerente com o regime de competência e com as normas que o regulam no Direito societário. Note-se o que prescreve o art. 177 da Lei n. 6.404/76:

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

O legislador foi enfático, pois entre os “princípios de contabilidade geralmente aceitos” ou “princípios fundamentais da de contabilidade”<sup>17</sup> está justamente o princípio da competência, do qual decorre o “*princípio do emparelhamento das receitas e despesas*”. A adoção de tais princípios contábeis como regra geral para a apuração do resultado das companhias também foi prescrita de forma expressa no art. 187 da Lei n. 6.404/76:

**Art. 187.** A demonstração do resultado do exercício discriminará:  
(...)  
§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

<sup>16</sup> Há exceções ao princípio da competência, cabendo ao legislador ordinário optar entre este e o regime de caixa. Mas, aqui, aplica-se a regra geral do regime de competência.

<sup>17</sup> Vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1038 e seg.

16 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado di

gitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso da amortização fiscal das despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura, o referido método (ou princípio) contábil é vivificado sob a premissa de que “despesas antecipadas devem ser ‘guardadas’ (ativadas) até que se verifiquem as receitas que lhe são correspondentes.”<sup>18</sup>, o que condiz com a observância do princípio da competência e do emparelhamento de receitas e despesas: *a amortização do ágio deve se processar contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.*

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

<sup>18</sup> POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e) São Paulo: MP Editora, 2014, p. 150-1.

ocasionariam a geração dos lucros futuros seriam gerados por outra entidade (empresa investida).

Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, em que o princípio da entidade é tratado de forma diversa e há a consolidação dos demonstrativos contábeis da controladora e de suas subsidiárias, é comum verificar-se o que se chama de “*push down accounting*”. Por meio desse, em hipótese, com a consolidação dos balanços da controladora e de suas subsidiárias, as despesas de ágio apuradas por aquela seriam *trazidos para baixo* e confrontados com lucros gerados por esta.

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

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

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

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

Caso se adote o sentido estrito da expressão “planejamento tributário”<sup>19</sup>, a questão do ágio estará fora de sua matéria. Ocorre que a regra expressa pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 situa a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, em termos estritos, entre as “*economias de opção*” ou “*opções fiscais*”<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Em meio às muitas divergências que o tema suscita na doutrina nacional, alguns autores incluem no conceito de *planejamento tributário* a utilização de *opções fiscais* e de *normas tributárias indutoras*, já que o contribuinte, ao praticar os referidos atos, certamente teria realizado prévio estudo, *planejando-os*. Nesse sentido, vide: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento tributário. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 02. Outros, por sua vez, as excluem “do âmbito do planejamento, pois correspondem a escolhas que o ordenamento positivo coloca à disposição do contribuinte, abrindo expressamente a possibilidade de escolha” Nesse sentido, vide: GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. São Paulo : Dialética, 2008, p. 100. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso de livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 240.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, vide: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. “Transferência” de ágio por meio da chamada empresa-veículo. Reflexões sobre o tema à luz da lógica e da finalidade dos arts. 7 e 8 da Lei n. 9.532/1997, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 231. São Paulo : Dialética, 2014, p. 25 e seq.

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

Explorando o exemplo da DIRPF<sup>21</sup>, com opção pela *sistemática simplificada* ou *completa*, verifica-se que o legislador prescreveu ao contribuinte uma **fórmula procedimental básica** a ser seguida pela pessoa física: no programa de computador fornecido pela Receita Federal, o contribuinte deve pura e simplesmente optar pelo modelo *simplificado* ou *completo*. O programa de computador calcula para o contribuinte qual opção lhe trará o menor custo de IRPF e, caso se opte pelo modelo mais oneroso, o sistema não prossegue até que o contribuinte confirme estar certo de que realmente irá optar por pagar mais (mensagem semelhante não aparece caso o contribuinte opte pelo caminho mais natural de poupar despesas tributárias). Neste exemplo, não estaria o contribuinte realizando um “planejamento tributário”, mas algo não apenas tolerado como regulado e incentivado pelo legislador: “*opções fiscais*” ou “*economias de opção*”.

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

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

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

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

investida *trouxesse para si* (“*para baixo*”) as despesas de ágio apurado pela empresa investidora.

A exigência normativa, portanto, reside simplesmente em uma necessidade técnica de reunião (i) do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com (ii) o *acervo patrimonial em que estão registrados os sacrifícios do investimento realizado, com a segregação, pelo MEP, dos valores atinentes ao ágio e ao valor patrimonial da investida identificado quando de sua aquisição*. A exigência do legislador consiste simplesmente no emparelhamento de receitas e despesas, o que se dá com “a realização’ do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”<sup>22</sup>.

Essa *fórmula operacional básica* é bem descrita por LUCIANO AMARO<sup>23</sup>, quando identifica que “o que autorizará a amortização do ágio é a operação de incorporação (ou fusão ou cisão) que implique a “confusão” na mesma entidade (investidora ou investida, ou terceira empresa resultante de fusão de ambas) do investimento societário e do acervo da investida que justificou o ágio pago na aquisição desse investimento”. Conclui esse professor, acertadamente, que “A lei não criou obstáculos. Pelo contrário, afastou-os expressamente”<sup>24</sup>.

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

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

- se a empresa investidora (“X”) **incorporar** a empresa investida (“Y”), esta deixaria de existir, passando a existir apenas aquela (“X”) com a sucessão universal de todos os direitos e obrigações desta (“Y”). Assim, das receitas da então empresa investida (“Y”) poderiam ser deduzidas, no limite de 1/60 mensais, as despesas de amortização de ágio apuradas pela investidora (“X”). O mesmo se daria com a *incorporação reversa*, na hipótese da empresa investida (“Y”) incorporar a investidora (“X”), por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.
- se a empresa investidora (“X”) for **cindida**, resultando na criação de nova empresa (“X2”) com o investimento detido na investida (“Y”) e, posteriormente,

<sup>22</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715.

<sup>23</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

<sup>24</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 718.

incorporar esta, a empresa investida (“Y”) deixará de existir, passando a existir apenas cindida (“X2”). Devido à sucessão universal de todos os direitos e obrigações, as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X2”). A cisão parcial seguida da incorporação reversa também seria possível, por permissivo expresso do art. 8º, “b” da Lei n. 9.532/97.

- se a empresa investidora (“X”) e a investida (“Y”) forem *fusionadas*, deixando de existir para dar lugar ao nascimento da empresa fundida (“Z”), a qual receberá por sucessão universal todos os direitos e obrigações daquelas (“X” e “Y”), as receitas da então empresa investida (“Y”) poderão ser amortizadas, no limite de 1/60 mensais, com as despesas de ágio apuradas pela investidora (“X”).

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

Permitam-me a transcrição das acertadas ponderações de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>25</sup>, emitidas em âmbito acadêmico:

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

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

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

É importante observar que as operações referidas nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 não devem ser consideradas fora de seu contexto. Assim, se uma empresa (“X”) adquire

<sup>25</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, in Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0.

investimento relevante de outra empresa (“Y”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora (“X”) for incorporada por uma terceira empresa (“Z”). Nesse caso, a referida empresa incorporadora (“Z”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“Y”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é **indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, nem é vedado e nem gera o direito à amortização**, conforme será melhor analisado no tópico “4.3.2”. Apenas se a aludida incorporadora (“Z”), por exemplo, incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“Y”), é que estaria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.<sup>26</sup>

É correta, então, a afirmação de RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>27</sup>, de que “a condição legal de reunião das pessoas jurídicas não é simplesmente formal, vazia de conteúdo racional, pois a absorção, seja por via de fusão ou de incorporação ou de cisão, é verdadeiramente necessária para que se possa dar a reunião do ágio ou deságio e do lucro numa única pessoa jurídica.” A precisão dessa assertiva é confirmada com o requisito analisado no subtópico anterior, qual seja: o legislador impõe que o ágio em questão seja processado contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.

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

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

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

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

<sup>26</sup> Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Direito tributário atual = Vol. 23/ São Paulo: Dialética, 2009, p. 459-0. Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

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

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

Alguns desses fatores são objetivos, como é o caso da *aquisição realizada de partes não relacionadas* (“4.2.1”, abaixo), da *existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção* (“4.2.2”, abaixo), da *inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas* (“4.2.3”, abaixo). Outros fatores, por sua vez, possuem natureza subjetiva, cujo maior exemplo é a verificação de *propósitos negociais e extratributários* (“4.2.4”, abaixo).

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

#### **4.2.1. Aquisição de investimento de partes não relacionadas.**

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

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

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

Para KAREM JUREIDINI DIAS e RAPHAEL ASSEF LAVEZ<sup>28</sup>, nas situações em que operações são realizadas entre partes relacionadas, a fiscalização poderia contestar a apuração de ágio “se, e somente se, identificarem-se elementos com base nos quais o laudo ou demonstrativo do ágio possa ser questionado pela administração tributária – à parte disso, reputa-se *arm's length* o ágio realizado entre partes dependentes, na condição de que amparado em laudo ou demonstrativo condizente com a legislação fiscal”.

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

Além disso, quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, é necessário investigar as suas peculiaridades, a fim de atribuir-lhes a qualificante “válido” ou “inválido”. Enquanto o primeiro, válido, mantém incólume a possibilidade de amortização fiscal, este, inválido, não. Ocorre que, sob a perspectiva fiscal, as modalidades de *ágios internos* podem ser agrupadas em dois grupos: *válidos* ou *inválidos*. Nas palavras de MARCOS SHIGUEO TAKATA<sup>29</sup>, “há *ágios internos* e ‘*ágios internos*’”.

#### 4.2.1.1. O “ágio interno” inválido perante o Direito tributário brasileiro.

Os casos rotulados de “*ágio interno inválido*”, “ágio em si mesmo”, são operações societárias realizadas exclusivamente dentro dos muros do grupo econômico, consideradas sem causa legítima ou mesmo simuladas. Sua característica distintiva não se esgota apenas na realização de operações entre partes dependentes, também na ausência de fluxo financeiro ou de sacrifícios econômicos na aquisição do investimento, sendo comum que não haja alteração de controle ou, ainda, efetiva diluição de um dos sócios.

A notória contribuição de MARCOS SHIGUEO TAKATA à evolução da jurisprudência do CARF ficou registrada em votos de sua lavra e em trabalhos por ele publicados. Em um destes, TAKATA<sup>30</sup> expõe:

“Daí dizermos: é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno, com ausência de geração de riqueza nova – à luz do Direito Contábil anterior à convergência às normas

<sup>28</sup> DIAS, Karem Jureidini; LAVEZ, Raphael Assef. “Ágio interno” e “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 331.

<sup>29</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre). São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

<sup>30</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexandre). São Paulo : Dialética, 2012, p. 198-211.

internacionais de contabilidade. É *nesse contexto* que se coloca o chamado ágio ‘de si mesmo’ ou ágio ‘consigo mesmo’.

(...) O pagamento de preço com existência de minoritários, em regra. Conclusão que parece simples, mas que demandou caminhar o percurso de base em seus devidos termos, expurgando as ‘bordas’ ou arestas conceituais dessa base.”

Nesse seguir, uma série de casos julgados pelo CARF vem considerando como ilegítimas algumas operações, em vista da inexistência de transação financeira entre as partes relacionadas, ausência de preço realmente estabelecido acompanhado de seu pagamento ou, ainda, troca efetiva de titularidade do investimento. O elemento da simulação também está presente em tais decisões. Vale observar os seguintes precedentes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Sendo a decisão devidamente motivada e fundamentada, não há que se falar em nulidade. O fato dela não ter rebatido ponto a ponto as razões da defesa não implica vício. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO DOS VALORES. Despesas operacionais são aquelas necessárias a atividade operacional da empresa e, no caso de prestação de serviços, devem ser comprovadas mediante documentos que permitam identificar os prestadores, sem o que procede a glosa fiscal. CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO. O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito. ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 02/01/2009 JUROS SOBRE MULTA DE OFICIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe o lançamento que tenha sido formalizado em legislação que toma por empréstimo a sistemática de apuração daquele.

(CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendário: 2001 e 2002 Ementas: NULIDADE- REEXAME DE FATOS JÁ VALIDADOS EM FISCALIZAÇÃO ANTERIOR- A Secretaria da Receita Federal não valida ou invalida fatos, mas analisa sua repercussão frente à legislação tributária e exige o tributo porventura deles decorrentes. No caso, a repercussão tributária dos fatos só surgiu com a amortização do suposto ágio. ATOS SIMULADOS. PRESCRIÇÃO PARA SUA DESCONSTITUIÇÃO. No campo do direito tributário, sem prejuízo da anulabilidade

(que opera no plano da validade), a simulação nocente tem outro efeito, que se dá plano da eficácia: os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita, portanto, demandar judicialmente sua anulação. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado. MULTA QUALIFICADA A simulação justifica a aplicação da multa qualificada. COMPARTILHAMENTO DE DESPESAS- DEDUTIBILIDADE. Para que sejam dedutíveis as despesas com comprovante em nome de uma outra empresa do mesmo grupo, por terem sido as mesmas rateadas, é imprescindível que, além de atenderem os requisitos previstos no Regulamento do Imposto de Renda, fique justificado e comprovado o critério de rateio. BENS DE NATUREZA PERMANENTE DEDUZIDO COMO DESPESA. Não caracterizada a infração pelo fisco, não prospera a glosa das despesas contabilizadas. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Se nenhuma razão específica justificar o contrário, aplica-se ao lançamento tido como reflexo as mesmas razões de decidir do lançamento matriz. Recurso voluntário e de ofício negados.

(LIBRA TERMINAL 35 S/A. Acórdão n. 159.490. Processo n. 18471.000947/2006-33)

#### 4.2.1.2. O “ágio interno” válido perante o Direito tributário brasileiro.

Como se viu, “há ágios internos e ‘ágios internos’”<sup>31</sup>, sendo necessário reconhecer que alguns deles foram apurados legitimamente, de forma a não apresentar maiores distinções no que concerne a possibilidade de seu aproveitamento fiscal.<sup>32</sup>

A análise dos precedentes do CARF demonstra que há casos de *ágio interno* reputado de *válido*, como se observa das ementas a seguir:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO. O art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

<sup>31</sup> TAKATA, Marcos Shiguelo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, in Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 194.

<sup>32</sup> Vide, nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 359-0.

**ÁGIO INTERNO.** A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

**ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.** Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008 ART. 109 CTN.

**ÁGIO. ÁGIO INTERNO.** É a legislação tributária que define os efeitos fiscais. As distinções de natureza contábil (feitas apenas para fins contábeis) não produzem efeitos fiscais. O fato de não ser considerada adequada a contabilização de ágio, surgido em operação com empresas do mesmo grupo, não afeta o registro do ágio para fins fiscais.

**DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. LANÇAMENTO.** Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito. **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ELISÃO. EVASÃO.** Em direito tributário não existe o menor problema em a pessoa agir para reduzir sua carga tributária, desde que atue por meios lícitos (elisão). A grande infração em tributação é agir intencionalmente para esconder do credor os fatos tributáveis (sonegação). **ELISÃO.** Desde que o contribuinte atue conforme a lei, ele pode fazer seu planejamento tributário para reduzir sua carga tributária. O fato de sua conduta ser intencional (artificial), não traz qualquer vício. Estranho seria supor que as pessoas só pudessem buscar economia tributária lícita se agissem de modo casual, ou que o efeito tributário fosse acidental. **SEGURANÇA JURÍDICA.** A previsibilidade da tributação é um dos seus aspectos fundamentais.

(GERDAU ACOMINAS S/A. Acórdão n. 1101-000.708 Processo n. 10680.724392/2010-28)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 **DECADÊNCIA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO DAS DECLARAÇÕES APRESENTADAS.** Verificado que o lançamento tributário versou não-homologação às declarações apresentadas, cujas bases de cálculo foram impactadas pela despesa considerada indedutível, verifica-se que a insurgência fiscal não se dá no tocante à contabilização da despesa, mas, quanto à sua utilização. **PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. ERRO OU DEFICÊNCIA NO ENQUADRAMENTO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.** Tendo em vista que a Fiscalização discriminou detidamente os fatos imputados, permitindo à Recorrente exercer, com plenitude e suficiência, sua defesa técnica e bem fundamentada, verifica-se a total ausência de prejuízo

ao contribuinte, bem como de pecha capaz de inquirir de nulidade o feito. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA. **A efetivação da reorganização societária, mediante a utilização de empresa veículo, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.** O “abuso de direito” pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. LANÇAMENTO DECORRENTE - Repousando o lançamento da CSLL nos mesmos fatos e mesmo fundamento jurídico do lançamento do IRPJ, as decisões quanto a ambos devem ser a mesma.

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

Por fim, é curioso notar que ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS<sup>33</sup> suscitam que a máxima contábil, de que “só se ativa o ágio por rentabilidade futura quando fruto de uma transação, jamais quando ele é criado pela própria entidade”, demanda a questão do que seja “entidade”. Enquanto países como EUA adotam como tradição a elaboração de balanços consolidados, como se viu acima, no Brasil e em uma série de outros países o balanço consolidado é exceção, sendo a regra o *balanço individual*. Como conclusão, então, seria possível o reconhecimento de ágio gerado em operação entre *entidades* distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

O argumento contábil, então, pode restringir substancialmente a extensão de situações abrangidas pelo rótulo “ágio interno”. É a partir de tal constatação que LUÍS EDUARDO SCHOUERI e ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA<sup>34</sup> suscitam que “o substantivo ‘ágio’, para receber o adjetivo ‘interno’, teria que ser necessariamente gerado nas estritas fronteiras de uma entidade contábil o que, no Brasil, só ocorreria nas hipóteses de ágio interno artificial, desde que, evidentemente, resta caracterizada a simulação da operação, pois, neste caso, não mais haverá duas pessoas distintas participando da operação, mas, tão somente, uma”.

De todo modo, é necessário concluir que nem todas as operações em que não existam terceiros envolvidos são necessariamente inaptas para a apuração de ágio por expectativa de rentabilidade futura. Quando se está diante de operações rotuladas de “ágio interno”, antes de

<sup>33</sup> MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno é um mito?, in Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2013.

<sup>34</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, in Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 363.

se assumir o estigma que esse rótulo tem suscitado, é necessário investigar as peculiaridades do caso concreto, a fim de lhe atribuir o correto qualificante “válido” ou “inválido”.

#### 4.2.2. Existência de minoritários que demandem medidas societárias de proteção.

A jurisprudência do CARF também tem considerado como fator relevante, ou mesmo um *safe harbour* em casos de amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, a existência de sócios minoritários que demandem proteção e que justifiquem reestruturações societárias. Assim vocacionadas, situações que seriam consideradas suspeitas pela fiscalização, como muitas vezes é o caso da utilização de empresa-veículo, passariam a ser aceitas como legítimas quando encontrassem justificativa na proteção de minoritários. É o que se observa do seguinte precedente deste Tribunal:

“O ‘abuso de direito’ pressupõe que o exercício do direito tenha se dado em prejuízo do direito de terceiros, não podendo ser invocada se a utilização da empresa veículo, exposta e aprovada pelo órgão regulador, teve por objetivo proteger direitos (os acionistas minoritários), e não violá-los. Não se materializando excesso frente ao direito tributário, pois o resultado tributário alcançado seria o mesmo se não houvesse sido utilizada a empresa veículo, nem frente ao direito societário, pois a utilização da empresa veículo deu-se, exatamente, para a proteção dos acionistas minoritários, descabe considerar os atos praticados e glosar as amortizações do ágio”.

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

Nesse sentido, é conhecido o entendimento de MARCOS TAKATA<sup>35</sup>, de que “é quando *inexiste pagamento de preço e minoritários* ou terceiros que se põe a condenação ao reconhecimento contábil do ágio interno”. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501<sup>36</sup>, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

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

Suponha-se que haja aumento de capital de uma sociedade e um dos sócios ou acionistas não a subscreva, sendo integralmente subscrito pelo outro sócio ou acionista (por ex., o controlador). Como a empresa em que se organiza a sociedade vale mais que seu valor contábil, o sócio ou acionista que subscrever o aumento de capital daquela irá apurar ágio no aumento de sua participação societária, para que não haja diluição injustificada do outro sócio ou acionista. É

<sup>35</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Ágio Interno sem Causa ou “Artificial” e Ágio Interno com Causa ou Real – Distinções necessárias, *in* Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos), vol. 3 (Coord.: MOSQUERA, Roberto Quiroga; BROEDEL, Alexsandro. São Paulo : Dialética, 2012, p. 198-211.

<sup>36</sup> CENTER AUTOMOVEIS LTDA. Acórdão n. 1103-000.501. Processo 10980.017128/2008-35.

um exemplo de ágio interno real ou com causa. Há efetividade ou significado econômico nesse ágio.

Imagine-se que uma pessoa jurídica resolva incorporar as ações de uma controlada sua que possui minoritários. Aqui, também, se a investida vale mais que seu valor contábil, a relação de substituição de ações pode se dar com base no valor econômico da investida (e da investidora) e a incorporação de ações pode vir a ser feita por esse valor de econômico (um critério de avaliação) da investida. Haverá um ágio no investimento, pago pela incorporadora de ações, através da emissão de ações entregues aos acionistas da incorporadora de ações. Outro exemplo de ágio interno real ou com causa. Há significado econômico nesse ágio. Há pagamento pela aquisição de ações (entrega de ações da incorporadora de ações): sua contrapartida é aumento do investimento com ágio”.

Trata-se de elemento relevante e persuasivo, que corrobora para o reconhecimento da lisura das operações realizadas pelo contribuinte. No entanto, não se trata de um requisito essencial, de forma que a sua ausência não conduziria à inoponibilidade fiscal de tais operações.

#### **4.2.3. Inexistência de “prejuízos” à Fazenda Pública decorrente das reestruturações societárias realizadas.**

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

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

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

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

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

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

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

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

A jurisprudência do CARF, com contribuição digna de nota de MARCOS SHIGUEO TAKATA, caminhou para o estabelecimento de *safe harbours* em reestruturações societárias que, embora não tivessem a participação de terceiros estranhos ao grupo econômico, poderiam apurar ágio potencialmente amortizável para fins de IRPJ e CSL. Surgiu a proposta para adoção de um requisito de grande influência para a validação de ágio apurado em operações com partes relacionadas (“*ágio interno*”): a apuração de ganho de capital por parte da empresa alienante do investimento. Em declaração de voto no acórdão 1103-000.501<sup>37</sup>, tal questão foi muito bem colocada, *in verbis*:

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

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

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

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

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

Como se viu, buscando racionalidade no sistema jurídico brasileiro – que tem como premissa fundamental o emparelhamento de receitas e despesas, mas não possui regra geral e automática de consolidação de balanços que possibilite o chamado “*push down accounting*”, o legislador prescreveu como condição para a amortização do ágio a reunião do patrimônio da empresa investida com o da investidora, de forma que os lucros daquela possam ser amortizados com as despesas de ágio escriturados por esta.

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

Nessa mesma linha, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA<sup>38</sup> apresenta ponderações relevantes não apenas em âmbito acadêmico, mas de grande valia para a adequada compreensão de casos concretos:

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

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

#### **4.3.2. Reorganizações societárias que não consumam o encontro dos acervos patrimoniais da investidora e da investida: operações periféricas que não conduzem à absorção patrimonial requerida pela Lei n. 9.532/97.**

A Lei n. 9.532/97 estabeleceu uma *fórmula operacional básica*, segundo a qual, por meio de determinados atos societários, deverá haver a reunião do *acervo patrimonial cuja rentabilidade futura justificou o ágio* com o *acervo patrimonial em que se localiza o investimento realizado com o respectivo ágio*: receitas e despesas devem ser emparelhadas, com “a realização” do investimento, mediante operação que integre, numa mesma entidade, a investidora e o acervo objeto do investimento”<sup>39</sup>.

**Ocorre que muitas outras operações podem ser realizadas no interim entre a aquisição de investimento com ágio e a absorção desta pela empresa investidora (ou vice-versa), o que exige que se compreenda qual a relevância tributária de tais operações intermediárias, periféricas, adjacentes.**

Exemplificando, se uma empresa (“A”) adquire investimento relevante de outra empresa (“B”), com o pagamento de ágio justificado por *expectativa de rentabilidade futura*, a norma fiscal não autoriza a amortização do referido ágio, por exemplo, se a empresa investidora for incorporada por uma terceira empresa (“C”). Essa operação será periférica **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. A referida empresa incorporadora (“C”), por sucessão universal de todos os direitos e obrigações, passaria a deter o

<sup>38</sup> Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária, *in* Revista Direito tributário atual - Vol. 23. São Paulo: IBDT/Dialética, 2009, p. 460.

<sup>39</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo: Ed. IASP, 2015, p. 715.

investimento da empresa cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio (“B”). Ocorre a *transferência do investimento e do respectivo ágio*, o que é indiferente sob a perspectiva tributária, isto é, **nem é vedado e nem gera o direito à amortização fiscal do ágio**. Apenas se a aludida incorporadora (“C”) vier, por exemplo, a incorporar, ser incorporada ou realizar fusão com a empresa investida (“B”), é que se daria se a absorção patrimonial exigida e seria autorizada a amortização fiscal do ágio em questão.<sup>40</sup>

Nesse mesmo exemplo, se a empresa investida (“B”) viesse a ser incorporada por uma outra (“D”) também controlada pela empresa investidora (“A”), essa operação periférica seria **neutra**, indiferente para a norma prescrita pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97. É requisito essencial a reunião patrimonial da empresa que detém o investimento com ágio (“A”) com a empresa investida (“B”), pois a amortização do ágio deve se processar contra os lucros desta, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição. Apenas quando a empresa investidora (“A”) incorporar a empresa investida resultante da incorporação (“D”), que por sucessão universal passou a corresponder ao acervo patrimonial que justificou a expectativa de rentabilidade, seria legítima a amortização fiscal do ágio em questão.

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

A referida transferência do investimento com ágio pode se dar por diversas maneiras e por variados motivos. Assim, é comum que, por razões de mercado, regulatórias ou societárias, a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio.

Reestruturações societárias no nível da empresa investidora ou da empresa investida, que não ocasionem a reunião patrimonial destas, não gera qualquer efeito tributário, isto é, não enseja a amortização do ágio ou altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o aludido encontro. **Por isso é correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.**

A Lei n. 9.532/97 não veda, expressamente ou implicitamente, a prática de tais operações intermediárias, que são permitidas e indiferentes. A *neutralidade* de tais

<sup>40</sup> Nesse sentido, vide: AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 715-720.

reorganizações societárias em relação ao direito à amortização do ágio é evidenciada nos elementos textuais da aludida lei e pela análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Textualmente, se por um lado o legislador não inseriu na Lei n. 9.532/97 limitações ao direito de livre organização para a fruição do direito à amortização das despesas com ágio, por outro consignou que inclusive a absorção realizada mediante a prévia cisão da empresa incorporadora ou incorporada, seguida da posterior fusão ou incorporação que emparelhe o investimento com o a investida anteriormente cindidos, dá ensejo à legítima amortização do ágio. O texto legislado, então, não expressa vedação a operações intermediárias, focando apenas na operação que consome a derradeira absorção do patrimônio da investida com a investidora (ou vice-versa).

Caso o legislador houvesse expressamente vedado, por meio de dispositivos específicos da Lei n. 9.532/97, que fossem realizadas reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção por ele eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, aludida limitação às liberdades econômicas, especialmente à livre iniciativa e organização, poderia, em tese, estar sujeita ao competente controle de constitucionalidade. Aludida análise certamente estaria fora deste Tribunal administrativo<sup>41</sup>, de tal forma que a obediência a essa hipotética lei deveria ser cegamente seguida por seus julgadores, entre os quais me incluo.

No entanto, não há lei expressa nesse sentido. O que há é uma tese sobre uma possível “interpretação” da Lei n. 9.532/97, pela qual a PFN sustenta a perda do direito do contribuinte à amortização do ágio em face de reorganizações societárias periféricas, como as exemplificadas acima. Como não há disposição expressa nesse sentido que dê ensejo a argumentos contundentes apoiados em *interpretação literal*, é necessário investigar se uma interpretação sistemática, teleológica ou mesmo histórica apoiariam tal tese.

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

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

***1ª) As reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento são indiferentes e neutras para fins***

<sup>41</sup> Não cabe no bojo deste processo administrativo analisar possíveis inconstitucionalidades, conforme o RICARF, art. 62: **Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.** Talmente em 23/03/2016 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 04/04/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO  
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 31/08/2001  
Autenticado digitalmente em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA  
Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

**fiscais:** por esta, não há ampliação ou redução de qualquer direito à amortização de ágio por parte do contribuinte e nem o Estado amplia ou reduz a sua esfera de direitos em relação à amortização de tais despesas;

**2ª) As reorganizações societárias em questão fazem com que pereça o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura, ainda que este tenha sido legitimamente apurado:** por esta, há restrição ao direito do contribuinte à amortização de despesas com ágio, com a conseqüente ampliação da participação do Estado no patrimônio privado.

É premissa inafastável que a atividade arrecadatória do Estado deve observar todo o repertório de direitos assegurados às pessoas físicas e jurídicas, o que evidentemente inclui as *liberdades econômicas*. Desrespeitado esse limite, a tributação perde legitimidade. E, no Brasil, a Ordem Econômica é amparada por normas constitucionais<sup>42</sup> geralmente suscitadas para fundamentar o direito do contribuinte à auto-organização de suas atividades sem a interferência do fisco: *a garantia à livre iniciativa e à livre concorrência*.

A *livre iniciativa* foi erigida como fundamento da ordem econômica pelo *caput* do art. 170 da Constituição Federal<sup>43</sup>. Como observa EROS ROBERTO GRAU<sup>44</sup>, a livre iniciativa assume uma dupla feição, protegendo ao capital e ao trabalho. Na explicação de TERCIO SAMPAIO

<sup>42</sup> EROS ROBERTO GRAU apresenta longo repertório de princípios econômicos prestigiados pela Constituição Federal: “Cumpra neles identificar, pois, os princípios que conformam a interpretação de que se cuida. Assim, enunciando-os, teremos: — a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e — valorização do trabalho humano e livre iniciativa — como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput); — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); — o garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); — a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) — a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); — a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); — a garantia do direito de greve (art. 9º); — a sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170, caput); — a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;

Além desses, outros, definidos como princípios gerais não positivados — isto é, não expressamente enunciados em normas constitucionais explícitas — são descobertos na ordem econômica da Constituição de 1988. Aí, particularmente, aqueles aos quais dão concreção as regras contidas nos arts. 7º e 201 e 202 do texto constitucional. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 194)

<sup>43</sup> BRASIL, CF/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 212-213. Conforme o autor: “não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão somente, apenas, uma afirmação do capitalismo”.

FERRAZ JÚNIOR<sup>45</sup>, trata-se de mandamento para que o Estado atue de forma *negativa*, no sentido de não interferir na expansão da criatividade do indivíduo e, ainda, *positiva*, de atuação para a valorização do *trabalho humano*. A esse propósito, leciona esse professor:

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

A *autonomia privada* decorre do *princípio da livre iniciativa*, atribuindo aos particulares o direito à *liberdade contratual*, isto é, de livremente celebrar ou não um contrato (liberdade de celebração), bem como de eleger o tipo contratual mais adequado (liberdade de seleção do tipo contratual) e de preencher o seu conteúdo de acordo com os seus interesses (liberdade de fixação do conteúdo do contrato ou de estipulação).<sup>46</sup> Garante-se, por esse princípio, a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação<sup>47</sup>.

A *liberdade contratual*, que garante ao particular a faculdade de *contratar ou não contratar*, de escolher *como* e com *quem* estabelecer uma relação contratual e, por óbvio, de decidir qual o conteúdo dos contratos, decorre da *autonomia privada*.<sup>48</sup> TULIO ROSEMBUJ<sup>49</sup> observa que a *liberdade da empresa* não se esgota no exercício da *liberdade contratual*, no exercício do *direito de propriedade* ou na atividade de produção de bens de terceiros no mercado livre: trata-se da garantia de se poder combinar fatores de produção e de utilizar de riqueza para produzir nova riqueza.

Já o *princípio da livre concorrência* pode ser compreendido como garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, de tal forma que o particular possui a faculdade de conquistar a clientela por seus próprios méritos e na expectativa de que sejam premiados os eficientes e excluídos os ineficientes, embora seja vedada a detenção do mercado e a prática de concorrência desleal. A *livre concorrência* tem como pressuposto a *livre iniciativa* e induz à distribuição de recursos a preços mais baixos ao consumidor. Não se exige,

<sup>45</sup> APUD GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 206-207.

<sup>46</sup> Cf. BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-240. No mesmo sentido, TÔRRES, Heleno Taveira. O conceito constitucional de autonomia privada como poder normativo dos particulares e os limites da intervenção estatal, in Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Torres (coordenador). Barueri : Manole, 2005, p. 567.

<sup>47</sup> Cf. BARRETO, Paulo Ayres. Elisão tributária - limites normativos. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

<sup>48</sup> Tais figuras, inclusive, podem inclusive com vir a confundir-se. Conforme BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil. São Paulo: Editora Método 2006, p. 226-227.

<sup>49</sup> ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario. Barcelona : Marcial Pons, 1999, p. 57.

contudo, identidade de condições entre os partícipes do mercado, que, respeitados os limites prescritos pelo Direito econômico, podem se valer de todas as suas forças para conquistar a clientela<sup>50</sup>.

Note-se que nenhuma dessas liberdades é absoluta. As *liberdades econômicas*, segundo EROS GRAU<sup>51</sup>, nem mesmo em sua formulação original (*Édito de Turgot, de 1776*) pretendiam a omissão total do Estado. Em trabalho publicado em 1969, LUIGI FERRI<sup>52</sup> já apontava que: “*El problema de la autonomia es ante de todo un problema de limites, y de limites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre*”.

O que se coloca em questão é a necessidade de *manifestação expressa e clara do legislador* para a restrição de tal liberdade ou, ao menos, a existência de razoabilidade na interpretação conduzida pela administração fiscal que conduza à tal restrição. Afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>53</sup>, a “*intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos.*” **Resta evidenciado, então, que, a ausência de decisão clara do agente competente (Poder Legislativo) é realmente fator suficiente afastar restrição à liberdade de auto-organização consubstanciada na penalização de operações societárias periféricas, que em nada ampliam ou reduzem o montante do ágio que de todo modo poderiam vir a ser aproveitado.**

Não obstante, por esforço dialético, pode-se questionar se há norma implícita no sistema que conduza excepcionalmente à restrição apriorística de tal liberdade. Ao final desse exercício, somente se uma mensagem suficientemente clara e pública puder ser construída da análise sistemática do ordenamento é que se poderia cogitar em aceitar a tese proposta pela PFN.

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

**Seria proporcional ou razoável penalizar o contribuinte que realizou a transferência de um investimento, integralizando-o em outra empresa do grupo, com a**

<sup>50</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 210.

<sup>51</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo : Malheiros, 2007, p. 203.

<sup>52</sup> FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madri : Editora Revista de Derecho Privado, 1969, p. 4-5.

<sup>53</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos fundamentais e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 195.

**perda completa do direito à amortização do ágio, ainda que uma série de fatores demonstrem a legitimidade de tal agir?**

**Se a transferência do investimento detido por uma pessoa jurídica desencadear a perda de legítimo direito à amortização de ágio, haverá norma de desincentivo à realização de novas operações societárias. Mas o que justificaria a exigência, pela administração fiscal, da estagnação das estruturas societárias, com a penalização de reestruturações e da adoção de outras formas lícitas de organização?**

Se há limites ao exercício da liberdade, também há limites à sua restrição, pois “a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada”<sup>54</sup>. A exigência de congelamento completo da estrutura societária do grupo empresarial, sob pena de perda do direito à potencial amortização do ágio legitimamente apurado, sem dúvida consiste em uma liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

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

*A inexistência de vantagens extras ao contribuinte e a ausência de prejuízos ao fisco evidencia a ausência de razoabilidade e proporcionalidade dessa tese limitadora da transferência de investimento no qual haja registro, pelo MEP, de ágio por expectativa de rentabilidade futura.*

**Afinal, porque seria válida interpretação que conduz à manifesta desigualdade tributária, autorizando a amortização do ágio a algumas empresas, mas negando-a para outras?** O exemplo dos fundos de previdência é muito ilustrativo, pois geralmente há normas regulatórias que não permitem a absorção das empresas investidas ou, ainda, que sejam absorvidas por estas. Porque seria legítimo restringir o direito à livre iniciativa e de contratar de tais entidades, com a vedação da transferência de investimentos a outra empresa controlada que pudesse realizar os procedimentos societários necessários à amortização do ágio? Ou, com olhos ao princípio da livre concorrência, porque tais fundos deveriam ser submetidos a condições desiguais, com o cerceamento de seu direito à amortização do ágio?

**Tal consideração não se aplica apenas quando empresa adquirente do investimento seja um fundo de previdência, instituição bancária ou outras entidades com**

**normas regulatórias próprias. A interpretação proposta pela PFN imputaria à mais comum das empresas desigualdade em relação a outras que se encontrem em situação semelhante, o que redundaria em inevitável vilipêndio do princípio da livre concorrência.** Para que reste evidenciada a seriedade de tal constatação, suponha-se que dois grupos empresariais do mesmo seguimento econômico concorram por uma mesma fatia do mercado e que ambos realizaram recentes aquisições de participação relevante em controladas e coligadas. Se a tese proposta pela PFN for levada a termo, caso apenas um desses grupos passasse por reestruturação societária que importasse em integralização dos aludidos investimentos em outras empresas do grupo (por *motivos* familiares e sucessórios, por exemplo), o referido grupo empresarial seria privado da possibilidade de se valer da *economia de opção* assegurada pelo legislador. Por sua vez, o outro grupo empresarial ficaria livre para se valer dessa *opção fiscal*, por exemplo com uma cisão parcial seguida de uma incorporação reversa, dando ensejo à amortização das despesas com ágio à fração de 1/60 mensais. O tratamento desigual e o desequilíbrio concorrencial evidenciados nesse exemplo hipotético denunciam a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade dessa interpretação que restringe direitos à revelia de lei que lhe dê suporte.

Tal conclusão também é indicada por LUCIANO AMARO<sup>55</sup>, para quem “a mera utilização de uma empresa-veículo não vicia o ágio, especialmente se este poderia ser amortizado por outro caminho, sem a utilização da empresa-veículo”.

Na *receita procedimental básica* prescrita pelo legislador para que o contribuinte opte (*economia de opção*) pela amortização fiscal do ágio em aquisição oneroso de investimento, a chamada *empresa veículo* funciona como instrumento para o emparelhamento das receitas (da empresa investida) com as despesas da amortização do ágio (apurados pela empresa investidora), o que, afinal, pressupõe alguma forma de “*push down accounting*”. Daí a assertiva de VICTOR BORGES POLIZELLI<sup>56</sup>: “Enfatiza-se: a ‘empresa veículo’ foi legalmente criada pela Lei n. 9.532/1997 como condição para o carregamento do ágio para baixo, para a empresa investida”.

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

<sup>55</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 723.

<sup>56</sup> POLIZELLI, Victor Borges. Caso ALE Combustíveis: distinção entre ágio com fundamento em “fundo de comércio” ou “rentabilidade futura” e a utilização de empresa veículo e propósito negocial, in Planejamento Tributário: Análise de Casos, volume 2 (Coord. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e) São Paulo : MP Editora, 2014, p. 157-8.

### 4.3.3. Propósitos negociais e extratributários nas operações fiscalizadas.

A existência de propósitos unicamente fiscais como locomotiva para o exercício de liberdades econômicas tem polarizado a doutrina brasileira. De um lado, por exemplo, PAULO AYRES BARRETO<sup>57</sup>, leciona que o contribuinte possui o direito de gerir as suas atividades com o menor ônus fiscal possível, desde que aja de forma lícita, ou seja, sem a prática de atos qualificados como *ilícitos*, *simulados* ou *fraudulentos*. Para esse professor, a tese que defende a desqualificação dos negócios realizados exclusivamente para a redução da carga tributária conduziria à obrigação de o contribuinte sempre ter de escolher a forma mais onerosa em termos fiscais para a sua atividade.<sup>58</sup> Em outra direção, por exemplo, MARCO AURÉLIO GRECO<sup>59</sup> sustenta que “a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto”.

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

Tratando-se de *opção fiscal* (ou *economia de opção*, conforme exposto no tópico “4.1.5”), o legislador abre caminhos diversos ao contribuinte, entre os quais este poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver e assumidamente interessado na carga fiscal que lhe seja menos onerosa. Assim como uma pessoa física não precisa demonstrar por quais razões deseja adotar o modelo “simplificado” ou “completo” para sua DIRPF, a investidora e investida não precisam demonstrar quaisquer razões extratributárias para que procedam a absorção patrimonial necessária à operacionalizar a amortização fiscal do ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura.

Uma operação realizada por determinado partilhar, que trilhe um caminho aberto por lei que prescreve *opções fiscais*, encontra-se legitimada imediatamente pelo legislador ordinário. Nesse caso, é impróprio inquirir do particular qualquer outra justificativa, sob pena subjugar-se a competência do Poder Legislativo. Se o legislador outorgou uma *economia de opção* às empresas que adquiram investimento em controladas ou coligadas com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, prescrevendo uma *fórmula operacional básica* para a implementação dessa *opção fiscal*, então aqueles que estiverem dispostos a implementar uma incorporação, fusão ou cisão (absorção patrimonial) estarão suficientemente legitimados pelo

<sup>57</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária - limites normativos*. Tese apresentada ao concurso à livre docência do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo : USP, 2008, p. 128-129.

<sup>58</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo : Dialética, 2001, p. 127.

<sup>59</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo : Dialética, 2008, p. 200.

agente competente (Poder Legislativo) a fazê-lo ainda que exclusivamente para a implementação dessa condição.

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

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

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

## **5. O vício imputado pela fiscalização para a glosa das despesas de amortização de ágio no presente caso.**

O núcleo do recurso especial ora em análise consiste em saber se, com a aquisição de investimento com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura com a observância de todas as exigências da legislação tributária, contábil e societária, poderia o contribuinte transferir o aludido investimento em função de reestruturação societária sem que, com isso, perca o direito à amortização das referidas despesas com ágio caso realize posterior reunião das entidades investida e investidora.

Em linhas gerais, a tese sustentada pela PFN tem como consequência que a reestruturação societária implementada pela contribuinte seja sancionada com a impossibilidade de futura amortização do ágio. Já o contribuinte, em linhas gerais, sustenta que o ágio

legitimamente apurado na operação originária de aquisição do investimento permanece perfeitamente sujeito a amortização fiscal não obstante a realização da aludida reorganização societária anterior ao evento de absorção previsto pelo art. 7º da Lei n. 9.532/97.

Antes de prosseguir, no entanto, é preciso aclarar que o presente caso não envolve o chamado “ágio interno”.

**Há certo consenso quanto à fundamental distinção da chamada “transferência de ágio” (vide subtópico “4.3.2”) de casos de “ágio interno”<sup>60</sup> (vide subtópico “4.2.1”). E, no presente caso, realmente não se está diante de operação que possa ser rotulada de “ágio interno”, pois o ágio por expectativa de rentabilidade futura em questão foi apurado em operação originária de aquisição de investimento realizada com terceiro independente, com efetivo fluxo pagamento do preço (e do sobrepreço).**

Conforme restou assentado nos presentes autos, um grupo de entidades de direito privado (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.) adquiriu a CELPE de um **terceiro completamente independente** (Estado de Pernambuco), com o pagamento de efetivo de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

**Não se pode, assim, imputar às operações realizadas pela CELPE o estigma suportado por casos de “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”: conforme restou devidamente assentado pelo acórdão *a quo*, o caso concreto analisado nos presentes autos não envolve “ágio interno” ou “ágio em si mesmo”.** Ainda que o presente caso viesse a ser confundido com aquilo que se rotula de “ágio interno” – **o que, repita-se, já restou definitivamente afastado neste processo administrativo** – ainda assim a validade para fins tributários das operações praticadas deveria ser verificada diante de cada um de seus elementos analisados no tópico “4” deste voto. Seria necessário investigar tratar-se de “ágio válido” ou “inválido”, não se admitindo conclusões apriorísticas pela consideração apressada de meros rótulos.

Nesse cenário, para verificar se o auto de infração lavrado merece prosperar, é necessário testar como as operações realizadas pelo contribuinte reagem à norma de amortização fiscal do ágio, em cada um de seus elementos analisados no tópico “4” desta declaração de voto.

### **5.1. Elementos que são requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio.**

Conforme fl. 2125 do e-processo, houve **efetiva aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura**: a CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado (“Novo Grupo de Controle”), com efetivo pagamento de sobrepreço (ágio) fundado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Note-se que, no presente caso, não se questiona que o ágio por expectativa de rentabilidade futura da CELPE tenha sido devidamente apurado e demonstrado. Não há mais dúvidas, neste processo administrativo, que as entidades adquirentes (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.), acaso absorvessem ou fossem absorvidas pela CELPE, teriam plenamente garantido o direito à amortização do ágio em questão, à fração de 1/60 por mês. Conforme fl. 2127 do e-processo, tal questão restou assentada pela Turma *a quo* no exercício de sua competência para definir o substrato fático do presente caso:

- “- As empresas ADL, PREVI e BB adquiriram o valor das cotas da Celpe com ágio, sob o fundamento de perspectiva de rentabilidade futura, fato esse inquestionável na operação tanto pelo fisco quanto pela DRJ, tanto è que o Estado de Pernambuco recebeu o valor de quase R\$ 1,8 bilhão com a privatização da empresa estatal;
- Dessa forma, o fundamento econômico do ágio é o disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97, visto que previsto em laudo apresentado junto com o edital de compra da empresa pública;
- As empresas adquirentes formaram conjuntamente com a 521 o Novo Grupo de controle da Celpe, portando a Celpe passou a ser controlada por esse novo grupo de empresas investidoras;
- Até aqui não há discussão de que o ágio existiu, foi pago e poderia ser utilizado como despesa pelas controladoras ou pela controlada se houvesse a incorporação das controladoras pela Celpe (incorporação às avessas);”

Nessa linha, o acórdão *a quo*, à fl. 2133 do e-processo, concluiu de forma lapidar, *in verbis*:

“Em resumo, no meu entender o vício para se considerar uma despesa do ágio indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL está na formação do ágio, e não no seu aproveitamento posterior, quando da incorporação às avessas da empresa veículo pela Celpe.

No caso em questão não há nenhum vício na geração do ágio, existindo laudos nos autos que trataram da demonstração de levar esse ágio para as operações societárias sobre o mesmo preço e fundamento. E mais, não houve contestação, seja pela fiscalização seja pela DRJ dos laudos, nem foi discutida a questão da rentabilidade futura existente no Edital que menciona o preço mínimo para a aquisição e a menção da realização de Laudo sob esse critério pelo governo”.

**É relevante repetir que, na aquisição em questão, houve efetivo pagamento em dinheiro ao Estado de Pernambuco, dividido em três parcelas. O requisito do efetivo fluxo**

**financeiro ou sacrifícios econômicos envolvidos na operação de aquisição** foi, portanto, plenamente cumprido.

Também foi cumprida a exigência do efetivo **desdobramento do custo de aquisição em valor de equivalência patrimonial e o ágio por expectativa de rentabilidade futura**.

Igualmente foi cumprida a exigência do art. 8º, “b”, da Lei 9.532/97, com a **absorção patrimonial da pessoa jurídica que detinha o investimento adquirido com ágio**, qual seja, a LEICESTER, pela pessoa jurídica investida e cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o sobrepreço pago, qual seja, CELPE.

Note-se que a LEICESTER, por sucessão universal de todos os direitos e obrigações do “Novo Grupo de Controle” (ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A.), por sucessão universal, passou a deter legitimamente o investimento na CELPE, cuja expectativa de rentabilidade futura justificou o pagamento de ágio na operação originária de aquisição, realizada com um terceiro independente, qual seja, o Estado de Pernambuco.

O acórdão *a quo* assentou, à fl. 2132 do e-processo, que o contribuinte cumpriu adequadamente com a absorção patrimonial exigida na *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador, o que torna fora de dúvida a legitimidade do aproveitamento do ágio apurado, *in verbis*:

“- Contudo, o evento condicionante trazido pelo artigo 8º acima mencionado, é a absorção do patrimônio, visto que nessas situações o ágio desaparece, pois haveria sob o manto do direito tributário, civil e societário uma confusão de patrimônio;

- A despeito disso, ao investigarmos o disposto no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, não há menção ou exigência do encerramento por liquidação considerado como perda de capital (vide artigo 219 da Lei nº 6.404/76), abrangendo as extinções realizadas mediante incorporação, fusão ou cisão:

(...)

- Nesse aspecto, não temos como aplicar ao presente caso a pretensão da Fazenda sob esse aspecto, visto que a norma que fora aplicada como fundamento inclusive para glosar o ágio não traz essa previsão da liquidação;

- E mais, ao aplicarmos ainda a absorção do patrimônio, o ágio gerado na Celpe em razão da incorporação às avessas somente veio ser extinto quando da incorporação da empresa Leicester, contudo, mesmo que de forma postergada, acabou ocorrendo a confusão patrimonial, ainda que haja reflexos na controladora seja como investimento, seja por equivalência patrimonial. O ágio ora aproveitado pela Recorrente é único, não se falando em duplicidade, como apontado no relatório fiscal, sendo aproveitado tão somente pela Celpe, em razão da aquisição de suas cotas sob o fundamento da rentabilidade futura;”

Também foi cumprido, no presente caso, a exigência de que **a amortização do ágio apurado pela investidora se processe contra os lucros da empresa investida, cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição.**

Aliás, a reestruturação societária implementada, com a adoção da GUARANIANA e LEICESTER, teve como um de seus objetivos justamente possibilitar o emparelhamento dos lucros obtidos pela CELPE com as despesas de ágio por expectativa de rentabilidade futura verificadas no momento de sua aquisição. Ocorre que não seria possível às entidades participantes no processo licitatório de desestatização (fundos previdenciários, bancos de investimentos) absorverem diretamente a CELPE. Seria, do mesmo modo, impensável que a CELPE viesse a absorver as aludidas entidades.

No presente caso, então, todos os requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio foram preenchidos.

## **5.2. Elementos que não são requisitos essenciais, mas que corroboram para reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.**

Verificando-se que foram cumpridos todos os elementos essenciais, previstos pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, já seria possível afirmar a legitimidade da amortização fiscal. Não obstante, em homenagem à jurisprudência deste Tribunal e ao papel de uniformização da CSRF, cumpre enfrentar o presente caso com vistas aos *safe harbours* expostos no subtópico “4.2”.

Em primeiro lugar, é importante frisar que o ágio por expectativa de rentabilidade futura ora em contenda foi apurado em operação originária de **aquisição de investimento realizada com terceiro independente**. Conforme fls. 2125 do e-processo a CELPE, anteriormente pertencente ao Estado de Pernambuco, foi adquirida por um grupo de entidades de direito privado, quais sejam, ADL ENERGY S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, BB - BANCO DE INVESTIMENTO S.A. e 521 PARTICIPAÇÕES S.A., com pagamento do ágio acima descrito.

Também é importante observar que CELPE não possuía como acionistas apenas as entidades citadas nesta declaração de voto, mas também possuía **minoritários que demandavam medidas societárias de proteção**. O controle adquirido no processo de licitação pelo “Novo Grupo de Controle” da CELPE correspondeu a 94,94% do capital votante e 84,38% do capital total (fls. 2084-5 do e-processo).

A realização de reestruturação societária, com a adoção das empresas GUARANIANA e LEICESTER, foi considerada pelo acórdão *a quo* como medida necessária para a proteção dos **minoritários, como se observa da fl. 2132-3 do e-processo, in verbis:**

“- Por fim, a justificativa que considero muito relevante para a licitude da operação está no fato da ANEEL obrigar a Celpe a constituir provisão na Leicester, como forma de proteção dos minoritários, em atendimento ao disposto na Instrução Normativa nº 319/2003, o que já não seria possível de se fazer nas empresas Previ, BB e 521, visto que seria um problema a incorporação pela Celpe dos outros ativos existentes nessas empresas”.

A análise conjunta das questões incontroversas nestes autos (efetivo pagamento de ágio à parte não relacionada fundado em expectativa de rentabilidade futura) e do núcleo do recurso especial em análise (a legitimidade ou não da *transferência de investimento com ágio*) denunciam que as operações realizadas pelo contribuinte e contestadas pela administração federal **não importam em qualquer centavo de “prejuízo” à Fazenda Pública, ou melhor, nenhum tributo deixou de ser recolhido.**

A ausência de prejuízo ao fisco com a *transferência do investimento e de respectivo ágio* é argumento contundente, com acolhida doutrinária e na jurisprudência do CARF. Assim, LUCIANO AMARO<sup>61</sup> aduz que, “se a investidora original ‘A’ podia incorporar a investida e passar a amortizar o ágio, o mesmo se dá quando ‘A1’ incorpora a fatia do investimento que lhe tenha sido transferida por ‘A’”.

A inexistência de economia tributária distinta daquela que seria obtida sem a transferência do ágio, como se daria com a duplicação do ágio, representa exigência coerente e razoável adotada na jurisprudência do CARF. O ágio deve ser legítimo em sua origem, de modo que a sua transferência não gere dedutibilidades maiores que aquelas que seriam percebidas pela entidade que o transfere.<sup>62</sup> **E é justamente esse o caso dos autos!**

Na **fl. 2131 do e-processo**, o acórdão *a quo* assentou que a reestruturação societária realizada, com a transferência do investimento detido da CELPE para outras empresas do grupo (GUARANIANA e LEICESTER), não gerou qualquer vantagem tributária às empresas, sem a ampliação do montante do ágio efetivamente apurado na aquisição realizada em processo licitatório, *in verbis*:

“- O resultado, tanto pela incorporação às avessas pela Celpe das empresas controladoras, que formaram o novo grupo de investidores, quanto após a criação da empresa veiculo Leicester seria o mesmo, qual seja o aproveitamento do ágio pela empresa privatizada, sob o fundamento trazido no artigo 386 do RIR/99, visto que na operação que gerou o ágio existe laudo de rentabilidade futura mencionado no próprio Edital, elaborado pelo Governo, que impôs preço mínimo para a aquisição da empresa estatal;”

<sup>61</sup> AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, *in* Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

<sup>62</sup> Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do art. 22 da Lei n. 12.973/2014, *in* Análise de casos sobre o aproveitamento de ágio: IRPJ e CSL à luz da jurisprudência do CARF (Coord.: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira). São Paulo : MP, 2016, p. 371-2.

No presente caso, então, militam a favor das operações realizadas pelo contribuinte todas as salvaguardas analisadas neste voto, o que corrobora para a evidenciação da legitimidade da amortização das despesas de ágio em tela.

### 5.3. Elementos que são indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Conforme se verificou, a *fórmula operacional básica* prescrita pelo legislador para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio simplesmente não estabelece exigências temporais. Não consta qualquer prazo nos enunciados prescritivos da Lei n. 9.532/97, tal como não há prazos nas normas societárias que regulam aquisições, fusões e cisões societárias. Devem ser ignorados, então, questionamentos desse jaez para a solução do presente caso.

Ainda que assim não fosse, o acórdão *a quo*, à fl. 2132 do e-processo, consignou o quanto segue:

“- Quanto ao tempo em relação às operações societárias até o aproveitamento do ágio na Celpe, considerado como curto pela fiscalização, cumpre destacar que o mesmo não foi tão curto assim. Entre a data de aquisição da Celpe e a incorporação da Leicester houve 18 meses, ou seja, não o tempo dessas operações é visto como fator positivo à Recorrente;”

Além disso, conforme verificado acima, também é indiferente toda uma gama de possíveis **reorganizações societárias que não ocasionem a reunião patrimonial da entidade investida com a entidade investidora (absorção patrimonial).**

Não merece reparos o acórdão *a quo*, às fls. 2127 e seg. do e-processo, quando conclui que a reestruturação societária implementada pelo “Novo Grupo de Controle”, com a adoção das empresas GUARANIANA e LEICESTER, em nada interferiu no direito à amortização do ágio legitimamente apurado com a aquisição da CELPE, *in verbis*:

“- Na Guaraniana, antes, o custo de aquisição do investimento estava desdobrado em valor de investimento (calculado na forma de equivalência patrimonial) mais o valor do ágio; depois, o ágio passou a figurar embutido no valor do investimento;

- Nesse momento, também não vislumbramos nenhuma irregularidade quanto ao aumento do capital e a contabilização do ágio na empresa Guaraniana, visto o valor do investimento fora aquele efetivamente pago;

(...)

- A maior discussão se deu quando as ações de emissão da Celpe que passaram a integrar o patrimônio da Guaraniana, empresa já existente e operacional antes do aumento de capital em razão da conferência de capital das ações da Celpe, foram transferidas a outra sociedade – à empresa Leicester – empresa veículo. Vejamos as considerações dadas pela fiscalização quanto à empresa veículo:

(...)

- O fato de constituir uma empresa veiculo para receber investimentos não é óbice jurídico, vislumbro que da mesma forma que as empresas compostas do Novo Grupo não poderiam ser incorporadas pela Celpe, visto que possuíam outros ativos, a empresa Guaraniana também não poderia ser incorporada, pois seu papel era de verdadeira controladora da Celpe e de varias empresas no ramo de energia elétrica, no setor de geração e distribuição de energia, permanecendo sob seu controle empresas como a Celpe, Coelba, Cosern, Termoçu, entre outras.

- Tanto é que após a constituição de uma nova sociedade com as ações da Celpe na empresa veiculo, esta foi incorporada pela Celpe, deixando de existir, demonstrando que a Neoenergia manteve-se como controladora da Celpe, que fora privatizada para manter-se na sua atividade de distribuição de energia na região do Estado de Pernambuco;”

À fl. 2129 do e-processo, a decisão recorrida novamente evidencia que os seus fundamentos são sólidos, de forma que devem ser mantidos, *in verbis*:

“- A empresa Leicester, de fato, serviu para que as ações com ágio pertencentes à Guaraniana fossem transferidas a uma empresa que seria incorporada pela Celpe sob o fundamento legal da incorporação às avessas prevista no artigo 386, inciso II, do § 6º, do RIR/99, com o fim negocial de permitir que o ágio fosse aproveitado pela empresa Celpe;

- Na Celpe, o ágio foi escriturado numa conta de ativo diferido (em contrapartida de uma conta de Reserva, no Patrimônio Líquido), em valor igual ao ágio com que as empresas adquiriram o seu controle acionário, para ser amortizado, no prazo de sua concessão para distribuição de energia elétrica, atendendo ao disposto no artigo 386 do RIR/99;

- Dessa forma, o investimento das investidoras na Celpe continuaram a existir, visto que o controle da Celpe permaneceu em nome da Neoenergia, formada pelo Novo Grupo de investidores;

- Se a Celpe tivesse incorporado qualquer das empresas controladoras como a ADL, PREVI, BB e 521, o ágio seria perfeitamente aproveitável, como bem narrado pela própria fiscalização, visto que há expressa previsão legal quanto à incorporação às avessas, conforme visto acima;

- Existindo obstáculos negociais para tanto, como bem demonstrado, as alternativas societárias criadas pelo grupo de novos investidores para aproveitar esse ágio na própria empresa adquirida foi a utilização de empresa veiculo sob a detenção e controle do Grupo Neoenergia, que continua com o mesmo papel e instituto jurídico de controlador, usando essa operação fundada em negócio jurídico indireto para permitir que a Celpe aproveitasse do ágio que fora gerado na aquisição de suas ações;”

Conclusão oposta à que chegou o acórdão recorrido não encontraria guarida no sistema jurídico. **Afinal, diante de obstáculos negociais efetivamente reconhecidos para que o “Novo Grupo de Controle” (ADL, PREVI, BB e 521) absorvessem a CELPE ou fosse**

**absorvido por esta, a consequência deveria ser a perda da possibilidade de aproveitamento de ágio por expectativa de rentabilidade futura efetivamente suportado no processo licitatório de desestatização?**

No presente caso, diante da impossibilidade do “Novo Grupo de Controle” implementar a *fórmula operacional básica* prescrita pelos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532, deve ser questionado por qual razão fundos de previdência, bancos de investimento ou outras entidades deveriam sofrer restrições ao direito de auto-organização, não lhes sendo permitida a transferência de seu investimento a empresas controladas que possam implementar a referida *fórmula operacional básica*. Ou, com olhos ao princípio da igualdade e da livre concorrência, porque tais entidades deveriam ser submetidas a condições desiguais em comparação com outras que não possuam os mesmos “obstáculos negociais” reconhecidos pelo acórdão *a quo*, com o cerceamento de seu direito à amortização fiscal do ágio?

Quanto à existência de **propósito comercial nas operações em tela**, o acórdão *a quo* assentou, à **fl. 2127 do e-processo**, que:

“- Contudo, como a incorporação das controladoras pela Celpe era inviável, pois essas empresas detinham outros ativos além das ações da Celpe, criou-se uma organização societária de forma aberta e transparente, sem a existência de simulação, para que o benefício do ágio pago pelas controladoras pudesse ser aproveitado na própria Celpe;  
- Nesse ponto que parte a investigação desse julgador sobre os questionamentos da fiscalização e da DRJ;  
- A estratégia utilizada foi à transferência das ações adquiridas com ágio pelas empresas controladoras da Celpe à empresa Guaraniana, mediante a integralização de aumento de capital;”

Se havia normas, inclusive regulatórias, que impediam que a CELPE absorvesse ou fosse absorvida pelo “Novo Grupo de Controle”, não é demais advertir que não se pode exigir que os atos praticados transgredissem normas regulatórias. **Trata-se de hipótese de inexistência de conduta diversa.**

Assim, ainda que se trate de elemento prescindível para legitimar a amortização do ágio, é preciso reconhecer que a reestruturação societária implementada, com a adoção das empresas GUARIANA e LEICESTER, apresenta justificativas desse jaez reconhecidas pelo acórdão recorrido, o que deveria influenciar a decisão de julgadores que consideram tal fator relevante.

## **6. Conclusões finais quanto ao caso em análise.**

No recurso especial interposto pela PFN, ora em análise, foi requerido, entre outras coisas, que esta CSRF decidisse quanto à validade de operações de reestruturação societária realizadas pelo contribuinte, rotuladas como *transferência de investimento registrado, pelo*

*MEP, com ágio por expectativa de rentabilidade futura.* A PFN interpôs o referido recurso em face de acórdão unânime da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade do ágio por expectativa de rentabilidade futura apurado na aquisição da CELPE, bem como o seu posterior aproveitamento fiscal.

Na busca da melhor solução à presente demanda, foram analisados *elementos prescritos pelo legislador como requisitos essenciais para a amortização fiscal do ágio*: **os aludidos requisitos foram atendidos pela contribuinte, o que já seria suficiente para manter incólume o acórdão recorrido, que considerou legítimos os atos praticados pelo contribuinte.**

Também foi analisada uma série de elementos que vêm sendo adotados pela jurisprudência do CARF como uma espécie de *safe harbours* em casos semelhantes ao ora em análise: **o contribuinte apresenta características para se valer dos *safe harbours* em questão.**

Embora pessoalmente não considere os referidos elementos determinantes, é eloquente saber que o caso em julgamento preenche uma série de requisitos adotados por respeitados Conselheiros em diversos julgamentos do CARF, os quais militam a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por fim, foram investigados elementos que, embora adotados como fundamento em alguns julgados do CARF, são na verdade indiferentes e não interferem na amortização fiscal do ágio: **ainda assim, o contribuinte apresenta características para se valer desses fundamentos que se prestariam a demonstrar a legitimidade de seus atos.**

Novamente, embora pessoalmente considere os referidos elementos não interfiram em nada para a aferição da legitimidade da amortização fiscal das despesas de ágio, é curioso saber que o caso em julgamento preenche também esses elementos, o que mais uma vez milita a favor da legitimidade das operações realizadas pelo contribuinte.

Por todo o exposto, *permissa venia* à maioria que compreendeu de forma diversa, deve ser negado provimento ao recurso especial da PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto, a fim de que se mantenha a acertada decisão da Turma *a quo*, que reconheceu a legitimidade e dedutibilidade das despesas de amortização de ágio pelo contribuinte. É como voto.

**Conselheiro Luís Flávio Neto.**

*(assinado digitalmente)*